Die
tatsächliche Vermutung

Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis im Zivilprozeß

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

Freiburg i. Br.

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

eingereicht von

Otto August Dänzer
Großh. Bad. Gerichts-Assessor

J. BENSHEIMER / 1914
Mannheim, Berlin, Leipzig

Referent:

Professor Dr. Johannes Nagler

Meinen Eltern.

Vorwort.

Die Arbeit verdankt ihre Entstehung einer Anregung von Professor Richard Schmidt. Sie ist bereits im August vorigen Jahres abgeschlossen worden. Die Drucklegung verzögerte sich verschiedener Umstände halber.

Paris, im Juni 1914.

Dänzer.

Inhalt.

Seite

I. Einleitung 1

§ 1. Allgemeines, Hedemanns Ansicht, Thema . . . 1
§ 2. Allgemeines über das Beweisrecht 6

II. Kasuistik 13

§ 3. Sprachgebrauch 13
§ 4. Vermutung von der Vollständigkeit der Urkunde . 14
§ 5. Vermutungen in bezug auf den Darlehensvertrag . 27
§ 6. Vermutungen im Wechselrecht 34
§ 7. Schuldhafte Beweiserschwerung 40
§ 8. Einzelne tatsächliche Vermutungen 42
§ 9. Fortdauervermutung 44
§ 10. Vermutung für Kausalzusammenhang 50
§ 11. Vermutung für Legalität von Eintragungen in öffentliche Register 59
§ 12. Vermutungen für innere Tatsachen 64
§ 13. Bedeutung der Formel „es wird etwas nicht vermutet“ 73
§ 14. Ergebnis 76

III. Historischer Ueberblick 77

§ 15. Corpus iuris civilis 77
§ 16. Glossatorenzeit 81
§ 17. Corpus iuris canonici 85
§ 18. Kommentatoren, Alciatus, Menochius 87
§ 19. 17. und 18. Jahrhundert 94
§ 20. Gemeines Recht 96
§ 21. Moderne Rechtsanschauungen 100
§ 22. Französisches Recht 102

Seite

IV. Dogmatischer Teil 107

§ 23. Allgemeines 107
§ 24. Tatsächliche Vermutung und Gegenbeweis . . . 109
§ 25. Tatsächliche Vermutung im Verhältnis zu Beweislast, Behauptungslast und Beweiswürdigung . 124
§ 26. Der Grundsatz von der Beweiskraft des äußeren Anscheins 129
§ 27. Tatsächliche Vermutungen für Rechtsverhältnisse 133
§ 28. Tatsächliche Vermutung und Auslegungsregel . . 137
§ 29. Schluß 139

Abgekürzt zitierte Werke.

Hugo Burckhard, Die zivilistischen Präsumtionen. Weimar 1866.
Fr. Stein, Das private Wissen des Richters, 1893.
J. W. Hedemann, Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches (1904) in Fischers Abhandl. z. Privatr. u. Zivilprozeß. 11 Bd. II. Heft.
Franz Leonhard, Die Beweislast. Berlin 1904.
B. Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozeß. Berlin 1904.
Leo Rosenberg, Die Beweislast. Berlin 1900.
Rich. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1906. 2. Aufl.
Konrad Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Teil. 1912.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545322_0023

I. Einleitung.

§ 1.

1. Ueblicherweise werden die Vermutungen eingeteilt in praesumtiones iuris et de iure, praesumtiones iuris und praesumtiones facti, in unwiderlegliche, Rechts- und tatsächliche Vermutungen.[1])

Die Rechtsvermutung ist eine gesetzliche Vorschrift, wonach eine zu beweisende Tatsache als bewiesen anzunehmen ist, wenn eine andere feststeht, von der aus, wenigstens in thesi, (ob auch im konkreten Falle ist gleichgültig) auf die zu beweisende geschlossen werden kann. Der Gegenbeweis ist stets zulässig, wofern nicht das Gesetz den Gegenbeweis ausdrücklich ausschließt, in welchem Falle die Vermutung eine unwiderlegliche genannt wird.[2])

Die Rechtsvermutung gründet sich auf einen Rechtssatz. Die tatsächliche auf einen Erfahrungssatz. Die tatsächliche Vermutung ist eine Regel, wonach eine zu beweisende Tatsache auf Grund eines allgemeinen Erfahrungssatzes bis zur Widerlegung durch Gegenbeweis für nachgewiesen angesehen werden kann, wenn eine andere Tatsache feststeht, von welcher aus im Wege der Induktion auf die zu beweisende geschlossen werden kann.[3])

Die praes. iuris et de iure ist eine Unterart der pr. iuris, der Rechtsvermutung.[4]) Im Gegensatz dazu ist die tat-

---

[1]) Regelsberger, Pandekten (1893) 1 677; Windscheid-Kipp, Pandektenr. 1 678 Anm. 10; Posener, Rechtslexikon (1909) s. v. Beweislast; R. Schmidt S. 467, 469, 470; Wach, Handbuch d. deutschen Zivilprozeßrechts (1885) S. 127, 194, 504, 506; J. W. Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1891) 2 167 Anm. 58—60; Hellwig S. 679; Skonietzki-Gelpke, KommZPO. zu § 292; Gaupp-Stein, KommZPO. (1911) zu § 292; Seuffert, KommZPO. (1910) zu § 292; Crome, System d. d. BürgR. (1910) 1 563 § 128.

[2]) So allgemein definiert, z. B. Hellwig 1 9.

[3]) Unter praesumtio facti werden auch halbbeweisende Rechtsvermutungen verstanden. Der Sprachgebrauch ist insofern nicht einheitlich; s. unten Nr. 5.

[4]) Ueber den Unterschied zwischen Fiktion und praes. iuris et de iure Rich. Schmidt S. 470, Hellwig S. 9.

sächliche Vermutung der Rechtsvermutung koordiniert. Beide sind Unterarten des allgemeinen Begriffes Vermutung. Der Gegensatz besteht einmal darin, daß die eine auf Rechtssatz, die andere auf Erfahrungssatz beruht und als Folge davon, daß die Rechtsvermutung vom Richter angewandt werden muß, während es Sache der freien Beweiswürdigung ist, ob eine tatsächliche Vermutung konkreten Falles Anwendung verdient.

2. J. W. Hedemann hat zum erstenmal seit Burckhards zivilistischen Präsumtionen vom Jahre 1866 die Lehre der Vermutung in einer Monographie behandelt,[5]) und zwar vornehmlich die praes. iuris, die Rechtsvermutung.

Hedemann erkennt als einzige technische Vermutung, d. h. als juristisch brauchbar, die Rechtsvermutung an. Er nennt diese Vermutung „Gesetzesvermutung“[6]). Die Gesetzesvermutung ist, wie bei dem sorgfältigen Sprachgebrauch des BGB. Hedemann zutreffend feststellt, ein Begriff, den das BGB. bewußt als solchen verwendet; wo der Wortstamm „vermuten“ im Gesetz gebraucht wird, aber auch nur da,[7]) ist eine solche Gesetzesvermutung aufgestellt. Hedemann definiert schließlich:[8]) „Die Vermutung ist eine im Verhältnis zum allgemeinen Beweislastsystem selbständige Regel der Beweislast mit der Wirkung, daß die begünstigte Partei immer nur die Voraussetzungen zu beweisen, den vermuteten Umstand dagegen, sei es eine Tatsache, sei es ein Recht, lediglich zu behaupten braucht und den Beweis des Gegenteils seitens des Gegners abwarten kann.“[9])

3. Neben der Rechtsvermutung kennt Hedemann keine weitere Vermutung als juristischen Begriff. Insbesondere befehdet er die von ihm Laienvermutung genannte „tatsäch-

---

[5]) Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reiches 1904 in Fischers Abhandlg. z. Privatr. und Zivilprozeß Bd. 11 2. Heft.

[6]) a. a. O. S. 181, 264, 300.

[7]) Dieser bestimmte Sprachgebrauch gilt nur für das BGB., nicht für sonstige Gesetze.

[8]) S. 300.

[9]) Es kann hier nicht näher auf die Ansichten Hedemanns eingegangen werden, da dies zu weit vom Thema abführen würde. Hier sei auf R. Schmidts Kritik verwiesen (R. Schmidt S. 470 Anm. 3) sowie die ausführlichere Kritik Rosenbergs, ZZP. 37 316 ff. (im allgem. zustimmend); vgl. unten § 24, 6 f.

liche Vermutung. Eine kurze Darstellung widmet er ihnen im § 35 seines Werkes. Das Ergebnis dieses Exkurses ist die Feststellung, daß die Laienvermutung nur nach dem einzelnen Fall beurteilt werden kann, daß sie jeder Regel und Abstraktion feind ist, ja daß jede allgemein aufgestellte tatsächliche Vermutung eine Gefahr ist. Eine Gefahr sei nämlich das Erstarren der Laienvermutung für die freie Beweiswürdigung.

Das Wesen der freien Beweiswürdigung ist nun vornehmlich darin zu erblicken, daß der Richter bei Bildung seiner Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache keinerlei Regeln unterliegt, mit alleiniger Ausnahme der im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Beweisregeln.[10])

Wenn die tatsächlichen Vermutungen als allgemein bindende Regeln verstanden werden, deren Nachprüfung auf Anwendbarkeit im einzelnen Falle für unnötig erachtet wird, dann allerdings sind sie eine Gefahr. Denn an die Stelle der Würdigung des einzelnen Falles setzen sie die Schablone.

So verstanden, hat Hedemann Recht, wenn er vor dem Erstarren der Laienvermutung warnt.

4. Nun ist es aber eine bekannte Tatsache, daß die Praxis außerordentlich häufig von Vermutungen redet, daß eine Reihe von Vermutungen ständig wiederkehren in gerichtlichen Entscheidungen. Es soll hier versucht werden, an Hand der Entscheidungssammlungen den Sprachgebrauch der Gerichte festzustellen, die üblichen Vermutungen aufzuzählen und aus dem kasuistischen Material allgemeine Regeln über die Vermutung, und zwar über die tatsächliche Vermutung, abzuleiten.

5. Es ist hier für die Vermutung, die im Gegensatz zur Rechtsvermutung sich lediglich auf einen Erfahrungssatz stützt, die sich dadurch scharf von der Rechtsvermutung abscheidet, daß sie sich unmittelbar auf einen Rechtssatz nicht zurückführen läßt, die Bezeichnung „tatsächliche Vermutung" gewählt. Diese Bezeichnung knüpft an an die gemeinrechtliche praesumtio facti.[11]) Zuzugeben ist, daß nicht immer mit der pr. facti der obige scharf gegen die Rechtsvermutung abgegrenzte Sinn ver-

---

[10]) Ueber die freie Beweiswürdigung und ihre Grenzen die treffliche Abhandlung Bährs in IheringsJ. 25 (1887) 394.

[11]) Es war auch die Bezeichnung praes. hominis sehr gebräuchlich, s. unten §§ 16 ff. Bis etwa Mitte des 19. Jahrhunderts war die Bezeichnung praes. hominis vorwiegend.

bunden worden ist. Immerhin ist es eine jedenfalls heute verbreitete Uebung,[12]) unter „tatsächlicher Vermutung" das zu verstehen, was oben als Sinn dieses Begriffes dargelegt worden ist.

Hedemann macht allerdings Einwendungen. Die Bezeichnung „tatsächliche Vermutung" komme mit der historischen Entwicklung nicht in Einklang. Unter pr. facti sei eine lediglich weniger wahrscheinliche pr. iuris verstanden worden, z. B. noch zuletzt bei Beratung des EG. zur Reichszivilprozeßordnung.

Einstweilen kann dies auf sich beruhen. Die Uebung der Praxis und der Theorie, wenn sie auch nicht ganz ausnahmslos gleichmäßig[13]) ist, gestattet es die gewählte Bezeichnung anzuwenden.

6. Materia, quam aggressuri sumus, valde utilis est et quotidiana in practica sed confusa inextricabilis fere. So klagt Alciatus am Eingang seines Tractatus de Praesumtionibus. Dennoch aber hat Alciatus, der ein umfangreiches Handbuch über unsere Lehre geschrieben hat, sich davon überzeugt gehalten, daß er ein abschließendes System aufgestellt und allgemeingültige Regeln gewonnen habe.

Bescheidener und zutreffender klingt es, wenn Fr. Stein schreibt (in seinem „Das priv. Wissen des Richters" S. 18): „Die stets sich neu erzeugende Unendlichkeit der Lebensbeziehungen ist der Katalogisierung, der Bannung in Maß und Zahl, ebenso

---

[12]) z. B. SeuffArch. 1 243; 4 182 (auch die im folgenden angeführten Entscheidungen zeigen den Sprachgebrauch); Heffter, System d. röm. und deutschen ZP. (1843) Nr. 257; Burckhard a. a. O. S. 4, 245 (Burckhard übt dann selbst einen anderen Sprachgebrauch, pr. facti bei ihm = Ereignisvermutung im Gegensatz zur pr. voluntatis); Renaud, Lehrb. d. gem. d. Zivilpr. (1867) § 107; v. Bayer, Vorträge ü. d. gem. Zivilpr. (1869) S. 717; Zachariae-Dreyer, Handb. d. franz. Zivilr. 4 (1886) 576; Unger, System d. österr. allgemeinen Privatrechts 2 580; Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenr. (1906) 1 § 133 Anm. 10; Regelsberger, Pandekten (1893) 1 697; Düringer-Hachenburg, HGB. 2 40, 281; Crome, System d. BürgR. (1900) 1 § 128; Hellwig S. 476 Anm. 28, S. 679; Betzinger Nr. 112; Rosenberg S. 104; Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. (1911) Anm. I zu § 292; Skonietzki-Gelpke, Komm. Anm. 3a zu § 292; Seuffert, Komm. (1910) Anm. 1 zu § 292. Dazu die bei Hedemann S. 77 Anm. 2 zitierten Schmidt und Endemann.

[13]) Hahn, Materialien (2. Aufl.) S. 1052; Hedemann S. 77 Anm. 2 S. 121.

unzugänglich als die fließende Welle im Bache der Unterwerfung unter Herrschaft und Recht."[14])

In der Tat, die tatsächliche Vermutung ist ein Mittel zur Feststellung des Tatbestandes. Alle möglichen und erdenklichen Tatbestände aber festzustellen, ist bei dem raschen Fortschreiten der Technik, bei der außerordentlichen Kompliziertheit des Verkehrs, bei der Mannigfaltigkeit menschlicher Lebensbeziehungen, jedenfalls derzeit, unmöglich. Jede auch noch so eingehende Kasuistik muß unvollständig sein. Wenn daher im folgenden die üblichen tatsächlichen Vermutungen zusammengestellt werden, so ist von vornherein zu bemerken, daß dieser Katalog nicht vollständig sein kann. Neue, bisher noch nicht übliche tatsächliche Vermutungen lassen sich vielfältig aufstellen, andere abgelehnte sind oft ohne Grund abgelehnt. Es ist manchmal gar nicht einzusehen, warum gerade eine der üblichen tatsächlichen Vermutungen diese Bedeutung erlangt hat und eine andere ebenso naheliegende nicht anerkannt wird.[15])

Ein weiteres Moment der Unsicherheit liegt im folgenden. Jede tatsächliche Vermutung beruht auf einem Erfahrungssatz. Alle Erfahrungssätze leiden aber an dem Mangel, daß sie nicht unbedingt allgemeingültig sind. Was hundertmal eingetreten ist, braucht das hunderterste Mal nicht notwendig wieder einzutreffen. Mit anderen Worten, jeder Erfahrungssatz und jede auf einem solchen Erfahrungssatz beruhende tatsächliche Vermutung gilt nur unter der Generalklausel: falls sich nicht aus den Umständen etwas anderes ergibt. Jede tatsächliche Vermutung hat demnach nur eine beschränkte Gültigkeit.

Diese beiden Erkenntnisschranken, mangelnde Vollständigkeit der Aufzählung und beschränkte Gültigkeit der einzelnen

---

[14]) Uebereinstimmend Leonhard S. 219. Vgl. z. B. auch Duarenus zu Tit. Dig. et Cod. de prob. (nach Burckhard S. 194): quid credibile sit aut non sit, non potest in universum definiri; — haec ex cognitione morum cuiusque hominis et experientia rerum et exemplis indicantur. Vgl. auch Vaihinger, Die Philosophie des Als ob, 1911, S. 29: „Die empirischen Erscheinungsweisen des menschlichen Handelns sind so ungemein verwickelt, daß sie der theoretischen Erfassung und Reduktion auf ihre kausalen Faktoren geradezu unübersteigliche Hindernisse entgegenstellen."

[15]) Ein Beispiel bei Hedemann S. 208; einer mißverstandenen Entsch. des ROGH. in SeuffArch. 31 Nr. 80 wird entnommen, daß für Ankunft eines der Post übergebenen Briefes keine Vermutung bestände. Jedoch sagte wohl jene Entscheidung nur, daß keine rechtliche Vermutung dafür bestünde.

tatsächlichen Vermutung, sind so sehr im menschlichen Wesen begründet, daß sie eines weiteren Nachweises nicht bedürfen.

Versucht man nun, trotz der Beschränkung, die die genannten Grenzen der Erkenntnis mit sich bringen, die tatsächliche Vermutung kasuistisch, historisch und dogmatisch zu betrachten, so zeigt sich, um das Ergebnis vorwegzunehmen, daß die tatsächliche Vermutung ein juristisch brauchbarer Begriff nicht ist. Der Gewinn der ganzen Betrachtung ist nichts als der allgemeine Satz, daß die Würdigung der tatsächlichen Vermutung nach den Umständen des einzelnen Falles dem Richter überlassen werden muß. Nebenbei allerdings werden sich manche interessante Gesichtspunkte ergeben.

§ 2.

Eines ist mit Sicherheit von vornherein feststellbar, nämlich das Gebiet, in dem die tatsächliche Vermutung zur Anwendung gelangt. Es ist dies der Beweis und enger noch das Gebiet der Beweiswürdigung.

Während die letztere Behauptung, daß die tatsächliche Vermutung eine Bedeutung vornehmlich für die Beweiswürdigung besitzt, ihren Nachweis erst im Laufe der Abhandlung finden wird, ist jetzt schon, unter Voranstellung einer allgemeinen Uebersicht über die Lehre des Beweises, die Behauptung im allgemeinen zu rechtfertigen, daß die tatsächliche Vermutung ins Prozeßrecht und zwar zum Rechte des Beweises gehört.[16])

1. Beweisen heißt jemanden von der Wahrheit einer Behauptung überzeugen.[17]) Unter Beweis schlechthin ist sowohl der Inbegriff der Tätigkeit zu verstehen, die auf die Herbeiführung der Ueberzeugung gerichtet ist, als auch das Ergebnis des Beweises.[18]) Will man genau sein, so muß man im ersten Falle

---

[16]) Wie sich aus der geschichtlichen Uebersicht (§§ 15 ff.) ergibt, ist dies, trotz aller Verschiedenheit der Ansichten, nie verkannt worden.

[17]) Dies ist im allgemeinen anerkannt: z. B. Gensler, ArchZivPrax. 1 29; Hellwig 1 § 204; schon Menochius, de Praesumptionibus Qu. 39, 20 l. 1: probatio est actus fidem rei dubiae faciens. Ueber die verschiedenen Ansichten Zusammenstellung bei Unger, System des österr. Privatr. (1876) 2 552 Anm. 3.

[18]) Auch Beweismittel und Beweisgrund werden unter Beweis verstanden. Die ZPO. versteht unter Beweis z. B. in den §§ 288, 291, 293 das Beweisergebnis, dagegen im § 292 und in den Ueberschriften des 6. bis 10. Titels I. Abschn., 2. Buch, die Beweisführung.

von Beweisführung reden und im zweiten von Beweisergebnis, wofür man auch Nachweis[19]) sagen kann.

Der Nachweis besteht darin, daß der Beweisführer sich selbst[20]) oder einen anderen, dem aus irgendwelchem Grunde der Nachweis erbracht werden soll, von der Wahrheit einer Behauptung überzeugt.

Das Wort Wahrheit ist nur cum grano salis zu verstehen. Wir haben es im Prozeß nicht mit absolut sicherem, mathematischem, dialektischem Beweis, sondern nur mit historischem zu tun, wie er auch im gewöhnlichem Verkehr ausreicht. Dies ist vom Reichsgericht öfters betont.[21]) Natürlich ist mathematische Gewißheit, absolute Wahrheit nicht unmöglich. Die Fälle solcher Wahrheit sind aber so selten, daß sie nicht besonders berücksichtigt werden brauchen.[22]) Das Beweisergebnis, der Nachweis, ist in der erdrückenden Mehrzahl der Fälle nur Ueberzeugung von hoher Wahrscheinlichkeit, und zwar solcher, wie sie im Leben von vernünftigen Menschen als Wahrheit genommen wird. So sagt das RG. trefflich (RGZ. 15 339). „Vermöge der Beschränkung der Mittel menschlichen Erkennens kann niemand (selbst im Falle eigener unmittelbarer Anschauung eines Vorganges) zu einem absolut sicheren Wissen von der Existenz eines Tatbestandes gelangen. Abstrakte Möglichkeiten der Nichtexistenz sind immer denkbar. Wer die Schranken des menschlichen Erkennens erfaßt hat, wird nie annehmen, daß er in dem Sinne zweifellos von der Existenz eines Vorganges überzeugt sein dürfte, daß ein Irrtum absolut ausgeschlossen wäre. Deswegen gilt im praktischen Leben der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwen-

---

[19]) Die ZPO. braucht das Wort „Nachweis“ selbst in diesem Sinn in der Wendung „Nachweis oder Widerlegung tatsächlicher Behauptungen“ z. B. §§ 282. 359 [3].

[20]) A. Ans. Heusler, ArchZivPrax. 62 216, was man sich selbst beweist, bezeichnet er als „Erkenntnis“. Dies ist nur ein Streit um Worte. Gegen Heusler R. Schmidt 1 347 und dort Zitierte.

[21]) Z. B. BadRPrax. 07 193; JW. 02 446 [14]; SeuffArch. 54 140; 56 63 (auf innere Vorgänge ist von äußeren Tatsachen zu schließen; Schlußfolgerungen brauchen nicht zwingend sein, es genügt, wenn sie in ihrem Zusammentreffen jeden vernünftigen Zweifel ausschließen); unten § 10, 2c.

[22]) Eine Scheidung in Gewißheit und bloße Ueberzeugung, wie v. Canstein will (ZZP. 2 322), ist daher unzutreffend. Der Prozeß verlangt nie Gewißheit in diesem Sinne.

dung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entsteht, als Wahrheit[23]) . . . ."

Das Ziel des Beweises ist also die Ueberzeugung hoher Wahrscheinlichkeit. Die Ueberzeugung ist etwas durchaus Subjektives[24]) und kann durch Rechtsnormen nicht erzwungen werden. Die Ueberzeugung bildet sich nach allgemeinen Denkregeln.[25]) Schreiben rechtliche Normen vor, daß etwas gerade so gelten sollte, als ob man sich die Ueberzeugung vom Vorhandensein dieses Etwas auf dem Wege logischer Induktion verschafft habe, so kommt es nicht mehr auf diese Ueberzeugung an, sondern nur noch auf das Vorhandensein der Voraussetzungen jener Normen. Z. B. wenn vorgeschrieben ist, die übereinstimmende Aussage zweier unverdächtiger Zeugen beweisen das Ausgesagte, so kommt es nicht mehr auf die Ueberzeugung des Richters von der hohen Wahrscheinlichkeit des Ausgesagten an; diese ist vielmehr gleichgültig, sie kann vorhanden sein, braucht es aber nicht. Lediglich zwei Zeugen von bestimmter Qualität und zwei übereinstimmende Aussagen, das sind die notwendigen Voraussetzungen dafür, daß das Ausgesagte als bewiesen gelte. In allen Fällen aber, wo die Ueberzeugung des Richters ignoriert wird, ist von Beweis in bisher definierter Bedeutung nicht mehr die Rede, sondern kraft gesetzlicher Vorschriften tritt an die Stelle des Nachweises einer Tatsache der eines Surrogates. Dieses Surrogat muß allerdings nun seinerseits bewiesen wer-

---

[23]) Dies darf als herrschende Lehre angesehen werden. Stein S. 29 und Anm. 38 Zit. Skonitzki-Gelpke, Komm. Am. 5 zu § 286. Pagenstecher, Zur Lehre d. mat. Rechtsk. S. 168 ff. Laurent, Principes de Dr. C. (1878) 19 80; il y a toujours une chance d'erreur dans nos convictions les plus fermes.

[24]) So das Ergebnis aus allgemeinen Erwägungen bei Sebba, ZZP. 37 63, das nirgends bestritten ist: In der Literatur z. Strafprozeß wird der Grundsatz schärfer betont, Birkmeyer, Strafprozeßr. (1898) § 18 II u. dort Zit.

[25]) Es ist schwer einen bezeichnenden Ausdruck zu finden, da es sich hier nicht nur um logische Normen, sondern auch um die Grundsätze handelt, nach denen im allgemeinen die Denkresultate des gewöhnlichen Lebens gewonnen werden, Erfahrungsregeln, Regeln über Wahrscheinlichkeit, die logischen Gesetzen nicht zugänglich sind oder vielmehr deren Gesetzmäßigkeit klar herauszustellen noch nicht gelungen ist. Nichtsdestoweniger ist klar, was gemeint ist. Es ist der Komplex jener Grundsätze gemeint, wonach der vernünftige Mensch seine Ueberzeugung bilden soll, so bilden soll, daß die Gründe für die Ueberzeugung nach dem derzeitigen menschlichen Bildungsstand jeden Menschen, der auf der Höhe der Bildung seiner Zeit steht, ebenfalls überzeugt.

den, jedoch handelt es sich dabei um sehr einfache Beweisführungen, wie in unserm Beispiel. Solche rechtliche Vorschriften, die die richterliche Ueberzeugung ausschalten, und unter einfachen leicht beweisbaren Voraussetzungen eine Tatsache ohne weiteres als bewiesen betrachtet wissen wollen, nennt man Beweisregeln.[26]) Das Prinzip, die richterliche Ueberzeugung sich nach allgemeinen Regeln, nicht nach rechtlichen bilden zu lassen, ist das der freien Beweiswürdigung. Unsere beiden großen Prozeßordnungen haben dieses Prinzip anerkannt. Durch Ausnahmen wird das Prinzip eingeschränkt. Die ZPO. kennt eine Anzahl Beweisregeln, über Urkunden und den Eid z. B. Die Rechtsvermutungen wirken ebenfalls als Beweisregeln.[27]) Ferner bringen die Vorschriften über die Form der Beweiserhebung eine Beschränkung der freien Beweiswürdigung mit sich.[28])

Der Nachweis ist das Ergebnis einer besonderen Tätigkeit, der Beweisführung. Eingeführt in den Prozeß wird der Tatsachenstoff durch die Parteibehauptungen, zur Ueberzeugung gebracht durch Beschaffung von Gründen, die nach freier Würdigung die Ueberzeugung zu tragen vermögen. Solche Gründe nennt man Beweisgründe. Beweisgrund ist also mit anderen Worten die Vernunfterwägung, die den Richter bestimmt, etwas für wahr oder nicht wahr zu halten.[29]) Beweismittel ist, was Beweisgründe zu vermitteln vermag.

---

[26]) Die Berechtigung des Gesetzgebers dafür, vom Richter u. Umst. ein sacrificium intellectus zu verlangen, liegt darin, daß alle Beweisregeln durch lange Erfahrung bestätigt sind, auch ohne rechtlichen Zwang als „goldene Erfahrungsregeln" gelten. Der Gesetzgeber sucht so nahe als möglich der Wirklichkeit zu kommen, und nimmt die Fälle, in denen es ihm nicht gelingt, in Kauf, um in der Mehrzahl der Fälle eine richtige von den Schwankungen der richterlichen Ueberzeugung unabhängige Rechtsprechung zu erzielen. Es ist reine Zweckmäßigkeitsfrage, wie viele Beweisregeln aufzustellen sind, und eine Frage der Statistik, ob die Beweisregeln praktikabel sind (vgl. Ihering, Besitzwille (1889) 144 ff.).

[27]) Dies verkennt Hedemann a. a. O., der die Rechtsvermutungen ausschließlich als Beweislastregeln bezeichnet.

[28]) Ueber die freie Beweiswürdigung und ihre Beschränkungen insbes. R. Schmidt § 77; Bähr, IheringsJ. 25 401 ff.

[29]) So Seuffert, Komm. (1910) zu § 283. Die Scheidung in formelle und materielle Beweisgründe erübrigt sich, wenn man den Schiedseid überhaupt nicht als Beweismittel, sondern als Mittel zur Erzwingung eines Geständnisses betrachtet. So zutreffend Bähr, IheringsJ. 25 401 ff.; auch Pagen-

Die Beweisgründe und die Beweismittel infolgedessen lassen sich in zwei große Gruppen scheiden, solche, die aus eigener Wahrnehmung gewonnen sind, und solche, die aus übermittelter fremder Ueberzeugung zu entnehmen sind.[30])

Daß Indizien keine Beweismittel sind, darf nunmehr als ausgemacht gelten.[31])

Den Gegenstand des Beweises[32]) bilden grundsätzlich nur Tatsachen. Der Beweis von Rechtssätzen ist völlig anders zu behandeln wie der von Tatsachen.[33])

Jedes Urteil beruht, ob man ein Urteil im juristischen Sinn meint oder im logischen, auf einem Syllogismus aus Untersatz und Obersatz. Das juristische Urteil hat als Obersatz den Rechtssatz, als Untersatz den Tatbestand. Neben den Rechtssatz treten aber noch Erfahrungssätze. Nicht nur aber finden die Erfahrungssätze neben dem Rechtssatz ihre Anwendung im Obersatz des Urteils, sondern auch im Untersatz dienen sie der Feststellung des Tatbestandes.

Diese Erfahrungssätze sind der dritte Beweisgegenstand. Genauer kann man dann sagen, Beweisgegenstand sind Einzeltatsachen, Rechts- und Erfahrungsregeln. Der Beweis von Rechtsregeln soll hier nicht berührt werden.

Die Einzeltatsachen[34]) sind entweder äußere, d. h. sinnlich wahrnehmbare Veränderungen der Außenwelt oder innere, d. h. psychologische Vorgänge oder Zustände.

Die Erfahrungsregeln sind von Stein[35]) ausführlich behandelt. Einzelheiten darüber anzuführen, würde zu weit führen. Die Ergebnisse Steins sind durchaus zu billigen.

Der vornehmste Beweisgegenstand sind die Einzeltatsachen. Von Bedeutung sind sie im Prozeß nur als sogenannte Tatbestandsmerkmale[36]), d. h. als Tatsachen, mit denen das Recht eine bestimmte Rechtswirkung verbunden hat.

---

stecher, mat. Rechtsk. S. 179: „Der zugeschobene Eid ist kein Mittel, um den Richter von der Wahrheit einer Behauptung zu überzeugen". Ebenso Wendt, ArchZivPrax. 63 270 ff.

[30]) J. W. Planck, Lehrb. (1891) S. 159 ff.; R. Schmidt § 52 II.

[31]) R. Schmidt S. 339.

[32]) R. Schmidt § 52; Gaupp-Stein a. a. O. Anm. II zu § 282.

[33]) Insbes. Stein § 12; RG. in DJZ. 13 467.

[34]) Stein § 1.

[35]) Stein § 2 ff. Alle außer Kohler, Ges. Beitr. S. 68 stimmen den Ergebnissen Steins zu.

[36]) R. Schmidt § 5[illegible]

Der Beweis, der solche Tatbestandsmerkmale unmittelbar zum Gegenstand hat, wird direkter oder unmittelbarer Beweis genannt. Die Tatbestandsmerkmale werden aber nicht immer wahrgenommen oder können, wie z. B. die inneren, überhaupt nicht wahrgenommen werden. In diesen Fällen muß der Beweis mittelbar geführt werden durch den Nachweis solcher Tatsachen, von denen aus ein Schluß auf die rechtserheblichen Tatbestandsmerkmale zulässig ist nach Erfahrungssätzen. Solche nur mittelbar erhebliche Tatsachen werden als Indizien oder Inzichten bezeichnet.

Der mittelbare, indirekte oder Indizienbeweis hat für unsere Lehre besondere Bedeutung.[37]) Indizienbeweis ist Beweisführung durch Schlußfolgerung von einer Indizientatsache auf eine rechtserhebliche auf Grund von Erfahrungsregeln.[38]) Dieselben Merkmale fanden sich schon in der Definition der tatsächlichen Vermutung. Das Verhältnis von tatsächlicher Vermutung zum Indizienbeweis ist das vom Induktionsschluß zur einzelnen induzierenden Tatsache. Der häufige Indizienbeweis, wenn a ist, so muß man b höchst wahrscheinlich als gegeben betrachten, führt zu dem Satze, wenn a ist, so wird b vermutet. Allerdings nicht immer ist dies der Fall. Einmal gibt es Indizienbeweise, wie der Alibibeweis, die so stringent sind, daß man nicht mehr von bloßer Vermutung redet. Andererseits gibt es Indizienbeweise, die nur in einem konkreten Falle[39]) von Bedeutung werden, die nie eine allgemeine, vom Einzelfalle losgelöste Bedeutung erlangen. Solche Indizienbeweisergebnisse können nicht dazu dienen, die Grundlage von tatsächlichen Vermutungen zu bilden, die immer eine allgemeine Bedeutung haben. Man kann sagen, das Ergebnis einer jeden mittelbaren Beweisführung ist, wenn es sich nicht um ein jeden Zweifel ausschließendes handelt, eine Vermutung (hier das Wort gänzlich ohne jeden technischen

---

[37]) Ueber den Indizienbeweis: insbes. Heusler, ArchZivPrax. 62 306 ff.; Wendt, ArchZivPrax. 63 254 ff.; Stein a. a. O. 34, dort weitere Zitate.

[38]) Dies besonders betont von Stein a. a. O., der vollkommen zutreffend jede Einteilung der Indizien prohorresziert, da die Erfahrung aller Lebensgebiete verwendet wird und eine Katalogisierung derselben unmöglich ist.

[39]) In einem Falle wurde es bedeutsam, daß der Schoßhund einer Dame, den sie immer um sich zu haben pflegte, irgendwo gesehen wurde. Daraus wurde geschlossen auf die Anwesenheit der Besitzerin am selben Ort.

Dieser Schluß wird auch wohl als Vermutung bezeichnet, allein Vermutung heißt da eben Indizienbeweis.

Sinn gebraucht). Da aber dieser Einzelfall typisch, d. h. Beispiel für eine Reihe ähnlicher Fälle, ist, so wird aus dieser Einzelvermutung eine allgemeine, eine tatsächliche Vermutung im technischen Sinn, indem sie losgelöst vom Einzelfall als Ergebnis aller gleicher Fälle ohne weiteres angenommen wird.

Es gibt keine tatsächliche Vermutung, die die geschilderte Beziehung zum Indizienbeweis nicht hätte. Jede tatsächliche Vermutung läßt sich auf eine mittelbare Beweisführung zurückführen, jeder Indizienbeweis kann, im Falle es ein typischer ist, zur tatsächlichen Vermutung werden. Es ergibt sich dies notwendig aus den Begriffen „tatsächliche Vermutung“ und „Indizienbeweis“.

2. Die tatsächliche Vermutung findet demnach Anwendung beim indirekten Beweise. Diese Feststellung soll dazu verwandt werden, um die Masse der tatsächlichen Vermutungen wenigstens äußerlich in Gruppen zu teilen. Daß es wesensverschiedene Vermutungen tatsächlicher Art gibt, das ist zu verneinen, wie sich im Verlauf der Arbeit ergeben wird.

Die tatsächliche Vermutung dient dazu, die Führung eines mittelbaren Beweises zu ermöglichen in Fällen, wo ein unmittelbarer nicht geführt werden kann. Ein unmittelbarer Beweis ist einmal ausgeschlossen hinsichtlich solcher Tatsachen, die zwar an und für sich wahrnehmbar sind, allein im konkreten Fall eben nicht wahrgenommen worden sind. Das ist bei vielen Tatbeständen der Fall, die sich ohne Zeugen verwirklichen. Die tatsächlichen Vermutungen dieser Art bilden die erste Gruppe.

Sodann ist der unmittelbare Beweis ausgeschlossen hinsichtlich solcher Tatsachen, die überhaupt nicht sinnlich wahrnehmbar sind, nämlich innerer Tatsachen (Absicht, guter Glauben usw.) und ähnliche (Negative z. B.). Die tatsächlichen Vermutungen, die auf solche innere Tatsachen gehen, bilden die zweite Gruppe.

Dabei ist zu bedenken, daß tatsächliche Vermutungen beider Gruppen auch zur Unterstützung einer unmittelbaren Beweisführung dienen können. Solche Vermutungen bilden aber keine besondere Gruppe.

II. Kasuistik.

§ 3.

Zuerst soll die Gruppe tatsächlicher Vermutungen betrachtet werden, die auf Tatsachen gehen, welche an und für sich wahrnehmbar sind, aber in der Regel im Prozesse ohne Beweismittel sind, weil sie eben von niemanden wahrgenommen worden sind. Dies können Tatsachen aller Art sein.

Vorauszuschicken wäre noch eine kurze Bemerkung über den Sprachgebrauch der Praxis überhaupt.

Der Sprachgebrauch ist leider sehr vielgestaltig und die Praxis ist weit entfernt davon, mit der Bezeichnung Vermutung immer einen technischen Sinn zu verbinden und andererseits dann, wenn nach der eingangs gegebenen Definition von einer tatsächlichen Vermutung die Rede ist, gerade diesen Ausdruck zu gebrauchen.

Häufig wird der Ausdruck Vermutung gänzlich laienhaft gebraucht.[1]) Kennzeichnet sich der dem Worte beigelegte Sinn in diesen Fällen durch die beigesetzten Epithata, so ist in einer Anzahl anderer Entscheidungen aus dem Zusammenhange zu erkennen, daß die Bezeichnung Vermutung gewählt ist, ohne daß ein technischer Begriff darunter verstanden sein sollte.

So heißt es in RG. 66 359 ff., daß nach dem zu vermutenden Willen der Vertragschließenden eine bestimmte Folge anzunehmen sei. Das wäre besser als durch Auslegung festgestellter Wille bezeichnet worden.[2])

Ebenso ist in der folgenden Stelle das Wort Vermutung laienhaft gebraucht. RG. 65 214: „Allein schon im allgemeinen können mit Rücksicht auf die für den Grundbuchverkehr zu erfordernde Sicherheit derartige Wahrscheinlichkeiten oder Vermutungen nicht als genügende Grundlagen für eine Ein-

---

[1]) JW. 1900 319 [24] (völlig unerwiesen gebliebene Mutmaßungen) Bad. RPrax. 10 22/3 (RG.: Kenntnis eines Anfechtungsgrundes muß sicher sein, darf nicht bloße Vermutung sein); 10 40 (OLG. Karlsruhe: mutmaßlicher Wille der Erblasserin); JW. 08 110 [4] (vage Vermutungen); vgl. unten § 8.

[2]) Aehnlich RG. 64 363 ff.

tragung ins Grundbuch gelten.“ Aehnlich ist der Sprachgebrauch anderen Orts.[3])

Diese Beispiele genügen, um die Verschiedenheit der Ausdrucksweise zu zeigen. Es ist im einzelnen Falle zu prüfen, ob eine tatsächliche Vermutung im oben definierten Sinn vorliegt.

Von einer besonderen Gruppe von Vermutungen, die in Wirklichkeit keine Vermutungen, sondern Auslegungsregeln sind, wird weiter unten[4]) zu reden sein.

§ 4.

Die Vermutung von der Vollständigkeit der schriftlichen Urkunde oder des schriftlichen Vertrags, wie sie gewöhnlich genannt wird, erscheint ziemlich häufig angewandt in den Entscheidungen oberster Gerichte; auch erkennt sie die Literatur fast durchweg an. Wegen dieser besonders ausgedehnten Verbreitung verdient diese tatsächliche Vermutung an den Beginn unserer Betrachtung gestellt zu werden.

1. Die grundlegende Entscheidung des RG. für das geltende Recht ist zu finden RG. 52 23 ff. Dort heißt es:[5]) „Die Niederschrift eines Vertrages ist die endgültige Zusammenfassung und Festlegung desjenigen, was die Parteien gewollt und was sie namentlich auch in ihren mündlichen Beredungen zum Ausdrucke gebracht haben. An Stelle des gesprochenen Worts, das dem Gedächtnis entschwindet und der Mißdeutung unterliegt, ist das geschriebene gesetzt. Zeigt dieses Abweichungen von dem ersteren, so spricht die durch die Erfahrungen des Verkehrs gebilligte Vermutung zunächst dafür, daß die Parteien schließlich über das einig geworden sind, was Bestandteil der Urkunde geworden ist, daß sie das, was sie etwa im Widerspruche mit der Schrift hin- und hergeredet haben, nicht haben aufrechterhalten wollen.

„. . . . . Wer daher mündliche Vereinbarungen vor und bei Abschluß des schriftlichen Vertrags gegen dessen Inhalt behauptet,[6]) kann damit so lange nicht gehört werden, als er nicht

---

[3]) RG. 50 145 ff.; 56 121; 65 171; 69 177; JW. 07 203[9]; 08 43, 109[7]; Recht 03 155; SeuffArch. 37 266 (Präsumtion, daß jeder weiß, was ein Darlehen ist).

[4]) § 28.

[5]) Der Tatbestand und das Nähere über diese Entscheidung unten Nr. 2.

[6]) Deutlicher würde die Meinung des RG. geworden sein, wenn hier noch eingefügt wäre „und selbst beweist“. Es wird sich dies aus dem weiteren Text ergeben.

weiter darlegt, daß, entgegen der Vermutung der Vollständigkeit der Schrift, auch das mündliche, Besprochene habe gelten sollen, daß also die Schrift unrichtig oder unvollständig sei."

Dieser Standpunkt des Reichsgerichts wird ausdrücklich als der des BGB. bezeichnet unter Berufung auf die Motive (1 184). Auch wird die Uebereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung nachgewiesen.[7])

Bis in die jüngste Zeit lassen sich eine Reihe von Entscheidungen anführen, die denselben Standpunkt, wenn auch teilweise in etwas geändert, vertreten.[8])

Ebenso hat sich die Literatur mit wenigen Ausnahmen der Rechtsprechung angeschlossen.[9])

2. Der Tatbestand der grundlegenden Entscheidung (RG. 52 23) ist kurz der folgende.

Die Parteien hatten vor dem Notar einen Pachtvertrag miteinander geschlossen. Ueber die etwa notwendig werdenden Ausbesserungen der Baulichkeiten waren besondere Bestimmungen getroffen worden, und zwar 1. für die beiden ersten Pachtjahre und 2. für die folgenden Jahre.

---

[7]) Eine der ältesten Entscheidungen ist die des O. App.-Ger. Lübeck, SeuffArch. 9 223; 10 242; vgl. 6 19; hierzu ArchZivPrax. 71 168; 102 219.

In Entsch des ROHG. 10 103 heißt es: „Ist ein Vertrag schriftlich geschlossen, so enthält er präsumtive alles Wesentliche von der Uebereinkunft der Kontrahenten. Diese Vermutung verneinen, hieße die Bestimmung einer Vertragsurkunde ignorieren."

Aeltere Entscheidungen sind auch zitiert bei Degenkolb, ArchZivPrax. 71 159 ff. insbes. 168.

[8]) RG. 62 50; 68 15; 77 72, 405; BolzePr. 3 1179; 6 Nr. 316; Gruchot 26 902; 36 937; 49 883; JW. 97 88[34]; 01 458[4]; 01 93[39]; 1900 11[4]; 04 55[7] 06 11[7], 348[5], 349[6], 226[9]; 10 800[5], 936[6]; 11 87[4]; Bad. RPrax. 04 74; Warn. Rspr. 11 Nr. 6, Nr. 166. Die wichtigsten sind im nachstehenden besprochen. Zusammenstellung d. Entsch. bei Neumann, Rechtspr. d. RG., 1. u. 2. Folge zu § 125.

[9]) Aus der Literatur insbesondere: Staub, Komm. z. HGB. 8. Aufl. II Anm. 59 ff. zu § 350 und Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. 2. Aufl. II, S. 40 Anm. 53. Sodann Staudinger 7./8. Aufl. Anm. I, 5 zu § 125; KommRGR. § 125 Anm. 6; Oertmann, BGB. Allgem. Teil 2. Aufl., 1908 Anm. 5d zu § 125; Neumann, Handausg. Anm. IV zu § 125; Kuhlenbeck, Handkomm. z. BGB. § 125 Anm. 5; Goldmann-Lilienthal, Das Bürg. Gesetzb. (1903) § 41 V 3; Dernburg, Bürg. Recht I, § 140 IV, V; Hellwig S. 483; Betzinger, Beweislast (1904) S. 169; Leonhard, Beweislast S. 299; Wendt, ArchZivPrax. 100 263 ff. Mittelstein, Miete (1909), 88 Anm. 4, 104; Niendorf, Mietrecht (1907) 12.

Außerdem war vereinbart, Meinungsverschiedenheiten über die sich aus dem Vertrage ergebenden rechtlichen Verhältnisse sollten vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden. Der klagende Verpächter nun behauptete, daß die Parteien noch beim Abschluß des Vertrags darüber einig gewesen seien, die Schiedsgerichtsklausel käme für die unter 1 aufgeführten Ausbesserungen nicht in Betracht, während der beklagte Pächter der Ansicht war, die Schiedsgerichtsklausel käme für alle Reparaturen, auch für die unter 1 aufgeführten, in Betracht. Der Beklagte machte also die prozeßhindernde Einrede gemäß § 274 Abs. II ZPO. geltend. In dem Prozesse fand anscheinend keine Beweisaufnahme statt. Der Beklagte hatte, indem er die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags geltend machte, diese Einrede zu beweisen. Im vorliegenden Falle mußte er nachweisen, daß die Schiedsgerichtsklausel für alle Reparaturfälle galt. Zur Beweisführung bediente er sich des Urkundenbeweises, indem er auf die vorliegende und anerkannte Urkunde hinwies, in der ohne Beschränkung auf einzelne Fälle allgemein ein Schiedsgericht vereinbart war für vorkommende Meinungsverschiedenheiten. Der Beklagte hat somit, wenn man von etwa möglichen mündlichen Nebenverträgen durch die eine Einschränkung der im schriftlichen Vertrage unumschränkten Schiedsgerichtsklausel hätte vereinbart sein können, absieht, seinen ihm obliegenden Beweis geführt. Und von solchen mündlichen Nebenverträgen kann der Richter nach allgemeinen Beweisgrundsätzen absehen, denn der Beweisbelastete hat nur das positive Vorhandensein der seine Behauptung stützenden Tatsachen, nicht auch das Nichtvorhandensein aller möglichen hindernden oder vernichtenden Tatsachen nachzuweisen.[10])

Nun steht dem Gegner, dem Kläger, bezüglich der vom Beklagten geltend gemachten, prozeßhindernden Einrede, der Gegenbeweis offen, d. h. er kann versuchen zu verhindern, daß der Richter von der Richtigkeit der behaupteten Tatsache, nämlich der Allgemeingültigkeit der Schiedsgerichtsklausel, überzeugt wird. Der Kläger hat den Gegenbeweis auch versucht mit der Behauptung, daß tatsächlich die Parteien immer während der ganzen Vertragsverhandlungen, ohne daß es aber schriftlich fixiert worden wäre, darüber einig gewesen seien, daß die Schiedsgerichtsklausel für die innerhalb der ersten beiden Pacht-

[10]) Betzinger S. 39 und dort Anm. 3 Zitierte.

jahre notwendig werdenden Reparaturen nicht gelten sollten. Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß das Vordergericht Beweis über diese Behauptung erhoben hätte, wenn der Kläger für den zu führenden Gegenbeweis, Zeugen, etwa den beurkundenden Notar, hätte benennen können. Daran hat es aber offenbar dem Kläger gefehlt, es blieb ihm also nur, beim Mangel auch sonstiger Beweismittel, Eideszuschiebung übrig. Den Gegenbeweis mittels Eidesdelation zu führen, war nun schon im gemeinen Prozeßrecht verboten. Fürs heutige kommt § 446 ZPO. in Betracht. Es kommt darauf an, ob das Gericht die Negative für erwiesen erachtete, daß die Schiedsgerichtsklausel uneingeschränkt gelten sollte. Im vorgelegten Vertrag stand es so. Es mußte also das Gericht sich über den Wert der Vertragsurkunde für seine Ueberzeugung vom Nichtvorhandensein jener Negative klar werden. Nicht um Vertragsauslegung handelte es sich, denn es stand ja klipp und klar im Vertrag, was die Schiedsgerichtsklausel bedeuten sollte, sondern um Beweiswürdigung. Die Urkunde war formgerecht, war auch klar und eindeutig, und nun, was hatte sie zu bedeuten. Wenn überhaupt die schriftliche Festlegung von mündlichen Verhandlungen einen Wert haben soll, so muß sie so vollständig sein, daß hinterher nicht mehr die Parteien kommen können und sagen, es ist das und das noch ohne schriftliche Fixierung neben der Schrift aufrecht erhalten worden. Solche Fälle sind Ausnahmen. Die Erfahrung spricht dafür, daß schriftliche Urkunden in sich abgeschlossen sind. Aus dieser Kenntnis des täglichen Lebens heraus kam das Vordergericht dazu, sich für überzeugt zu halten von der Negative des Nichtvorhandenseins dem schriftlichen Vertrage widersprechender mündlicher Abreden. Es wies deshalb einen durch Eideszuschiebung geführten Gegenbeweis ab und hielt die Einrede des Schiedsvertrags für begründet.

3. Bis daher ist der Begriff der Vermutung nicht verwandt worden und doch ist das Ergebnis der Reichsgerichtsentscheidung entsprechend. Es läßt sich daraus ersehen, daß vorläufig unter der Vermutung der Vollständigkeit der schriftlichen Urkunde nichts weiter als ein Erfahrungssatz, eine Regel des täglichen Lebens zu verstehen ist. Auch ist keine Abweichung vom normalen Prozeßgang zu erkennen, der durch die Einführung des Begriffes Vermutung hätte hervorgerufen werden können. Die Vermutung kann in vorliegendem Falle keinen anderen Platz finden als in der Beweiswürdigung und stellt sich eben dar als

der Erfahrungssatz, der zu dem konkreten Ergebnis der Beweiswürdigung geführt hat.

4. Auf den ersten Blick also stellt sich die Bedeutung der Vermutung als eine recht bescheidene dar.

Trotzdem aber wurde eine weit hervorragendere ihr zugebilligt und Staub[11]) postuliert für sie geradezu die Kraft einer Rechtsvermutung.

Aus der Entscheidung RG. 52 23 ff. geht nicht ganz deutlich hervor, was unter der Vermutung der Vollständigkeit der Schrift verstanden wird.

Das Reichsgericht geht von der Erfahrung des Verkehrs aus, daß bei Vertragsverhandlungen vieles hin- und hergeredet wird, was schließlich nicht Vertragsinhalt wird. Die Erfahrung lehrt auch weiter, daß im allgemeinen in einer schriftlichen Urkunde, die das Endergebnis einer solchen Verhandlung zwischen Vertragsparteien festlegen soll, nichts fehlen wird, was wirklich schließlich zwischen den Parteien vereinbart ist, jedenfalls nichts Wesentliches.

Wenn die Parteien auch in irgend einem Zeitpunkte vor der schriftlichen Feststellung des Vertragsinhaltes sich geeinigt hatten über irgend einen Punkt, so muß angenommen werden gemäß der Erfahrung des Verkehrs, daß solche Voreinigungen durch die letzte schriftlich formulierte Einigung wieder aufgehoben worden sind, falls nämlich die Schrift nichts von der Voreinigung oder sie nur in abgeänderter Form enthält. Will eine Vertragspartei doch behaupten, die mündlichen Vereinbarungen seien neben dem schriftlichen Vertrag aufrecht erhalten worden, so muß ein besonderer Grund nachgewiesen werden, warum dies geschah, da eben im allgemeinen die Schrift alle Abmachungen enthält und die endgültige Redaktion aller Vertragsartikel darstellt. Die Behauptung und der Beweis, daß die Parteien sich anders geeinigt hätten als in der Schrift stünde, nützt nichts, denn es muß noch weiter bewiesen werden, warum denn die Schrift davon nichts enthält. So spricht das RG. (JW. 04 55[7]) aus: „Es bedarf dann in der Tat, weil man davon ausgehen muß, daß der schriftliche Vertrag dasjenige, worüber sich die Parteien endgültig geeinigt haben, vollständig wiedergibt, einer Feststellung darüber, ob das mündlich vorher Zugesagte auch noch bei der schriftlichen Abfassung von den

[11]) Staub a. a. O. Anm. 59, 60 zu § 350 HGB.

Parteien festgehalten worden ist, und hiezu wird in der Regel eine Aufklärung darüber gehören, wie es gekommen ist, daß die mündliche Abrede bei der schriftlichen Abfassung übergangen wurde."

Es handelt sich also zunächst um eine Vermutung dafür, daß mündlich Verabredetes durch den demnächst schriftlich festgelegten endgültigen Vertrag wieder aufgehoben worden ist.[12]) Die kürzere Fassung, Vermutung der Vollständigkeit der Schrift, ist eine Verallgemeinerung.

5. Als Grund für Aufstellung der Vermutung wird durchweg die Erfahrung des Lebens angeführt.[13])

Trotzdem man sich darüber einig ist, daß es sich um eine auf die Erfahrung gegründete Vermutung handelt und man sich klar sein müßte, daß dies ein Unterschied zu einer Rechtsvermutung bedeutet, so sind die älteren Entscheidungen so gehalten, daß man meinen kann, das Reichsgericht spreche von einer Rechtsvermutung.[14])

Dem folgt nur Staub (KommHGB. 8. Aufl., Anm. 60 zu § 350) wenn er sagt, der Rechtssatz der Vermutung der Vollständigkeit des formell abgefaßten Geschäftes sei zwar im BGB. und im HGB. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber in der Rechtsprechung anerkannt.

Dieser Anschauung tritt aber das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung entgegen (Entsch. vom 4. Februar 1908 RG. 68 15). Diese beginnt: „Die in der Rechtsprechung aller Zivilsenate des Reichsgerichts gebilligte Vermutung der Vollständigkeit der über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde gegenüber mündlichen Vereinbarungen vor oder bei Errichtung der Urkunde ist, wenn die Errichtung der Urkunde nicht als Wiederholung des Vertrags in urkundlicher Form vereinbart war,[15]) lediglich eine tatsächliche Vermutung; sie

---

[12]) Leist, ArchZivPrax. 102 215 ff. unter Nr. II u. III.

[13]) Staub a. a. O. Anm. 59 zu § 350 HGB. und die bereits zitierten Entscheidungen.

[14]) Vgl. die Diktion in RG. 52 25; Recht 03 603 3057 heißt es: „Auch nach dem BGB. gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß durch den Inhalt einer Vertragsurkunde in der Regel alle vorgängigen Verabredungen fest- und richtiggestellt werden und daß daher nur unter ganz besonderen Umständen vorgehende abweichende Verabredungen neben dem Urkundeninhalt maßgebend sein können. Ferner: BadRPrax. 07 261.

[15]) § 154 II BGB.

ist daher entkräftet durch die Feststellung, daß auch zur Zeit der Errichtung der Urkunde die Parteien die Fortgeltung der mündlich vereinbarten und in die Urkunde nicht aufgenommenen Abrede noch wollten."[16])

Hier begegnet man einer in der Praxis häufigen Erscheinung, nämlich daß allmählich aus Erfahrungsregeln Rechtsregeln werden.[17])

Es ist eine Frage, die gesonderter Prüfung bedarf, und die eine endgültige Antwort noch nicht gefunden hat, ob der Gerichtsgebrauch Gewohnheitsrecht schaffen kann, ob einem zwingenden Rechtssatz gegenüber sich Gewohnheitsrecht bilden kann.[18]) Letzteres ist nämlich der Fall, wenn trotz des Prinzips der freien Beweiswürdigung Beweis- und Beweislastregeln entstehen.

Es kann hier auch nicht weiter darauf eingegangen werden. Im Verlauf der Arbeit wird gelegentlich darauf zurückgekommen werden. Jedenfalls ist es für die hier besprochene Vermutung sicher, daß sie noch nicht zur Rechtsvermutung geworden ist. Gewohnheitsrecht ist dann vorhanden, wenn es als solches Geltung hat, d. h. wenn es allgemein als Recht erkannt und gebilligt wird.[19]) Die Autorität Staubs hätte wohl die genannte Vermutung zur rechtlichen machen können, allein rechtzeitig hat das Reichsgericht erklärt, die Vermutung sei lediglich eine „tatsächliche". Die wohl früheste Entscheidung nämlich über die genannte Vermutung stammt aus dem Jahre 1850.[20]) Die Zeit bis zum Inkrafttreten des heutigen bürgerlichen Rechts kann aber für die Bildung eines Gewohnheitsrechts nicht in Betracht kommen, weil das gemeine Recht, auf das sich die Entscheidungen namentlich des Reichsoberhandelsgerichts beziehen, keine scharfe Scheidung zwischen tatsächlichen und Rechtsvermutungen getroffen hatte. Man war sich nie ganz klar, ob in den gemein-

---

[16]) Ebenso KommRGerR. Anm. 6 z. § 125; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 40.

[17]) Leist, ArchZivPrax. **102** 227; Hedemann S. 206; Danz, Auslegung d. Rgesch. S. 90.

[18]) Hierzu Neukamp, ArchBürgR. **12** 89 ff., insbes. S. 139, 180 ff.

[19]) Vgl. Theod. Sternberg, Allgem. Rechtslehre, 1. Teil, Leipzig 1904, § 2.

[20]) SeuffArch. **10** 242; Degenkolb, ArchZivPrax. **71** 168; Leist, ArchZivPrax. **102** 219.

rechtlichen Quellen aufgeführte Vermutungen lediglich Beispiele konkreter Art ohne allgemeine Bedeutung oder aber Rechtsbefehle waren.[21]) Deshalb kann auch von der Bildung eines bestimmten Gewohnheitsrechts keine Rede sein, ganz abgesehen davon, daß von einem allgemeinen Gewohnheitsrecht erst unter dem BGB. die Rede sein kann. Zuvor konnten sich nur partikuläre Gewohnheitsrechte innerhalb der verschiedenen Rechtsgebiete bilden.

Zu einer Bildung eines Gewohnheitsrechts seit dem Jahre 1900 ist es aber auch nicht gekommen. Von einer communis opinio doctorum kann man eigentlich um deswillen nicht reden, weil die meisten Schriftsteller die zur Untersuchung stehende Vermutung nur vorübergehend behandeln.[22]) Ein usus fori hat sich auch nicht gebildet, denn die einzige Entscheidung in der offiziellen Sammlung (RG. 52 23), die dafür in Anspruch genommen werden könnte, ist durch die oben zitierte Entscheidung (RG. 68 15) auf das richtige Maß zurückgeführt worden.

So ist denn trotz der gewichtigen Ansicht Staub's die genannte Vermutung nur als eine tatsächliche Vermutung anzusehen.[23]) Der Richter ist mithin frei in der Anerkennung der Vermutung.

6. Der Grund der Vermutung ist die Erfahrung des Lebens.[24]) Und daß eine solche allgemeine Regel aus der Erfahrung abgeleitet werden kann, dafür dient das Zeugnis soundso vieler Entscheidungen. Das ist die Bedeutung der Präjudizien, daß sie, wenn sonst nirgends anders der Richter sich über die Erfahrungsregel vergewissern kann, ein Beweis sind für das Bestehen des Erfahrungssatzes. Es überhebt aber nicht die Tatsache, daß die Vermutung von dem höchsten Gerichte anerkannt

---

[21]) Hedemann, Vermutung S. 76; Endemann, d. d. Zivilprozeßrecht § 186.

[22]) Mit Ausnahme von Staub a. a. O. und Düringer-Hachenburg a. a. O. Von den Kommentaren behandelt die Frage ausführlicher nur der Komm. d. RGerR.

[23]) Endemann, BGB. I, 9. Aufl. § 65 Anm. 34 wendet sich auch gegen Staub.

[24]) Gesetzgeberisch hat diese Erfahrung ihren Niederschlag z. B. gefunden im Allgem. Landrecht §§ 127, 128, 265 I, 5. Ebenso auch Code Napoléon art. 1341, welche Vorschrift z. T. auch aus der Abneigung des französischen Rechts gegen den Zeugenbeweis sich erklären läßt; vgl. jedoch Commentaire du Code civil par Huc 1895 VIII, S. 363 Nr. 287. Vgl. auch die Vermutung für Vollständigkeit des Erbscheins BGB. § 2365.

ist, den Richter der eigenen Prüfung, zumal es doch immer konkrete Fälle waren, die den Vorentscheidungen zugrunde lagen.

So muß auch gegenüber der angeblichen Erfahrung,[25]) daß eine Urkunde vollständig zu sein pflegt, betont werden, daß dies nur unter Einschränkungen gilt. Die Fälle, die zur Entscheidung standen, lagen, soweit es sich überhaupt beurteilen läßt, immer so, daß es sich um geschäftskundige Parteien gehandelt hat, die klare schriftliche Verträge abgeschlossen haben. Jedoch kommen in der Praxis Fälle genug vor, wo man erfahrungsgemäß nicht mit der Vollständigkeit der Urkunde rechnen kann. Namentlich ist dies der Fall bei gedruckten Formularen, die meistens nicht völlig dem entsprechen, was die Parteien endgültig unter sich vereinbart haben.[26])

Trotz aller leicht denkbaren Ausnahmen entspricht aber die Vermutung der Vollständigkeit dem Wesen der Form. Es ist daher auch gleichgültig, ob es sich um eine Beweisurkunde oder eine Dispositivurkunde handelt.[27]) Nicht jedoch ist es dem Wesen der Form notwendig entsprechend, daß formelle Rechtsgeschäfte vollständig sind, in sich abgeschlossen und nur aus sich selbst heraus zu erklären. Nur lehrt die Erfahrung, daß es eine eigentümliche psychologische Wirkung der Form ist, die Parteien zu reiflicher Ueberlegung zu drängen und so den Inhalt des formellen Geschäftes vollständiger zu machen. Das ist der gesetzgeberische Grund zur Einführung der Form in das Rechtsleben. Die Form wirkt aber gleichermaßen, ob es sich um gesetzlich vorgeschriebene oder um gewillkürte Form handelt. Ein Unterschied bezüglich der Vermutung der Vollständigkeit zu machen, ist daher unzulässig. Höchstens besteht ein quantitativer Unterschied, kein qualitativer.[28]) [29])

---

[25]) Leist, ArchZivPrax. **102** 216 ff. unter III. nennt die Vermutung mehrfach „fragwürdig". Abweichend von der Anschauung des Reichsgerichts und Oberhandelsgerichts das preußische Obertribunal, Striethorst, Archiv 43 10; 53 129. Dagegen Koch annotiert, Allg. LR. zu §§ 127, 128.

[26]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 41.

[27]) GruchotsBeitr. **26** 902; **49** 883; WarnE. **10** 396 [368]. Ebenfalls einflußlos ist der Streit um die sog. Vertragsreproduktion, und zwar aus demselben Grunde (Degenkolb, RheinZ. **2** 167 ff.).

[28]) Das RG. ist strenger bezüglich mündlicher Nebenabreden neben formbedürftigen Rechtsgeschäften (vgl. die Rechtsprechung zu § 313 BGB.; vgl. hierzu Wendt, ArchZivPrax. **100** 263 ff.).

[29]) Für die Vermutung kann auch nicht in Betracht kommen, ob es sich um Verträge oder um einseitige Willenserklärungen handelt. In beiden Fällen

7. Wenn nun der Richter anerkennt und sich davon überzeugt hält, die Erfahrung lehrt, daß eine Schrift, die bestimmte Merkmale hat, wahrscheinlich inhaltlich vollständig ist, was fängt er mit diesem allgemeinen Satz an?

Eine der Anwendung von Rechtssätzen durchaus ähnliche Prüfung muß er zunächst vornehmen. Nämlich die, ob im konkreten Fall dieser allgemeine Satz Anwendung zu finden vermag. Es frägt sich, ob die Schrift klar und eindeutig ist, ob es sich um geschäftskundige Parteien handelt, kurz, ob die Verhältnisse so liegen, daß nicht von vornherein die Vermutung für Vollständigkeit ausgeschlossen ist.[30]) Einer dieser Punkte, nämlich die Deutlichkeit und Klarheit des Wortlautes der Schrift, wird in den Entscheidungen öfters hervorgehoben.[31]) Es handelt sich aber nicht nur um diesen einen Punkt. Der Richter muß vielmehr alle Punkte, die ihm wesentlich erscheinen, prüfen. Hier liegt gerade der Unterschied zur gesetzlichen Vermutung, deren Voraussetzungen im Gesetze aufgezählt sind. Bei der tatsächlichen Vermutung ist eine solche Zusammenstellung der Voraussetzungen nicht gegeben. Der Richter trägt selbst die Verantwortung dafür, die Voraussetzungen zu bestimmen. Hier auch ist die Gefahr der präjudiziellen Entscheidungen, die, konkreten Fällen angepaßt, immer nur einzelne Voraussetzungen, die gerade besonders hervorstachen, besprechen, während vieles, das zur Prüfung der Anwendung der Vermutung notwendig aber im einzelnen Falle ganz offen lag, nicht berührt wird. Es ist auch unmöglich, eine Definition der Vermutung der Vollständigkeit der Schrift zu geben, da es sich um stets im Fluß befindliche Lebensverhältnisse handelt, die nach Zeit und Ort außerordentlich verschieden sein können. Diese nachgiebige Natur der tatsächlichen Vermutung ist andererseits gerade ihr Vorzug vor der gesetzlich festgelegten Vermutung. Die letztere rechnet mit der Möglichkeit, daß sie im einzelnen Falle durchaus nicht den Richter überzeugen kann, ja selbst wenn das Gegenteil wahrscheinlicher wäre, drängt sie sich auf und überläßt es der Ge-

---

muß sie gelten (Bestätigungsschreiben, Schlußscheine); KommRGR. Anm. 6 § 125; WarnRspr. **11** 166; JW. **11** 540[15] (gewisse tatsächliche Vermutung für Unbedingtheit einer schriftlichen, keine Bedingungen enthaltenden Bürgschaftserklärung wohl anzuerkennen).

[30]) JW. **04** 75; weitere zu beachtende Voraussetzungen sind aufgeführt bei Leist, ArchZivPrax. **102** 218.

[31]) JW. **97** 88[34]; KommRGR. § 125 Anm. 6.

schicklichkeit des Gegenbeweisführers, sie zu zerstören. Die tatsächliche Vermutung aber unterliegt zunächst der Prüfung des Richters, ob sie überhaupt im einzelnen Falle sich anwenden läßt, selbst dann, wenn die üblichen Voraussetzungen gegeben sind.

8. Wird nun nach dieser Prüfung anerkannt, daß im gegebenen Fall die Vermutung für die Vollständigkeit der Schrift spricht, so bleibt immer noch, dem Charakter der Vermutung als problematisches nur bedingt gültiges Urteil entsprechend, der Gegenbeweis offen.

Dies wird in allen Entscheidungen von allen Schriftstellern anerkannt. Wie überhaupt über die tatsächliche Vermutung unsere Prozeßordnungen schweigen, so sagen sie auch nichts über den Gegenbeweis gegen eine solche. Ja die Zivilprozeßordnung hat es geflissentlich vermieden, das Wort Gegenbeweis überhaupt zu gebrauchen.

Man wäre vielleicht versucht, den § 292 ZPO. analog anzuwenden. Jedoch müssen die Vorschriften dieses Paragraphen außer Acht gelassen werden, da es sich um eine Ausnahmeregelung handelt.[32]) § 292 schreibt „Beweis des Gegenteils" vor läßt nicht lediglich Gegenbeweis zu. Ferner schreibt er vor, daß der Beweis des Gegenteils auch durch Eideszuschiebung geführt werden kann, ohne Berücksichtigung des § 446 ZPO. Dies sind alles Ausnahmen von den allgemeinen Regeln und erleiden daher keine analoge Anwendung.

Der gegen die Vermutung zu führende Gegenbeweis ist daher nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen zu beurteilen. Danach ist grundsätzlich jeder Beweisführung gegenüber eine Gegenbeweisführung gestattet.[33]) Besondere Grundsätze über den Gegenbeweis hat die heutige ZPO. nicht entwickelt im Gegensatz zum gemeinen Recht. Es gilt nur der Satz, daß der Gegenbeweis grundsätzlich gestattet ist.

Danach wäre nichts besonderes darin zu finden, daß der Vermutung gegenüber der Gegenbeweis gestattet ist.

Es läßt sich auch in den Entscheidungen nichts finden, was auf eine Besonderheit in der Anwendung des Gegenbeweises

---

[32]) Sei es, daß man die rechtlichen Vermutungen als Beweisregeln oder als Beweislastregeln, wie Hedemann, auffaßt, immer bleiben es Ausnahmen von der allgemeinen Regelung der Beweiswürdigung oder Beweislast.

[33]) Das Nähere darüber unten § 24.

gegen die Vermutung der Vollständigkeit der schriftlichen Urkunde schließen ließe. Die Entscheidungen variieren alle, was schon das Reichsoberhandelsgericht (Entsch. 10 103) ausgedrückt hat mit den folgenden Worten:

„Es genügt zum Gegenbeweis nicht, daß nachgewiesen wird, Abweichendes sei mündlich vereinbart worden. Es muß vielmehr erkennbar gemacht werden, daß das Abweichende neben der Vertragsurkunde habe in Geltung bleiben sollen, z. B. aus welchem Grunde eine Bestimmung nicht schriftlich fixiert ist."

In der Entsch. JW. 06 108 [6] ist ein solcher besonderer Grund angeführt. Die eine Partei hatte um der Kosten willen eine Abrede nicht in die Urkunde aufnehmen lassen.

Ganz allgemein ist nur zu finden,[34]) daß die Praxis den Gegenbeweis gegen die Vermutung möglichst einzuschränken sucht, ohne daß aber eine Regel aufgestellt wird. Im übrigen tritt das Reichsgericht diesem Streben der Praxis entgegen.[35])

Bei der Besprechung der Entscheidung (RG. 52 23 ff.) ist jedoch dargelegt, daß die Vermutung von der Vollständigkeit der Schrift dazu geführt hat, gemäß § 446 ZPO. den Eidesgegenbeweis für unzulässig zu erklären. Wenn dies jeder Vermutung tatsächlicher Art gegenüber der Fall wäre, würde dies eine Regelmäßigkeit erkennen lassen, die der tatsächlichen Vermutung eine bestimmte prozessuale Bedeutung zuwiese und sie sogar als stärker denn die Rechtsvermutung erscheinen ließe. Schon diese letztere Folgerung nun muß stutzig machen. Es erscheint als ausgeschlossen, daß unsere Prozeßordnung eine solche Wirksamkeit der tatsächlichen Vermutung als Regel zugesteht, während ausdrücklich den Rechtsvermutungen, die vom Gesetz als so sicher betrachtet wurden, daß sie legalisiert wurden, diese Wirkung versagt wird.

Es muß eine Erörterung der Frage für später[36]) vorbehalten werden. Hier genügt es, festzustellen, daß die Entscheidungen

---

[34]) Leist, ArchZivPrax. 102 219.

[35]) Gruchot 49 883; JW. 06 11 [7]; 01 458 [4]; 10 800 [5]. Das Reichsgericht macht einen Unterschied zwischen Gegenbeweis gegen die Schrift und Interpretationsbeweis. Letzterer ist zulässigerweise auch durch Zurückgehen auf mündliche Abreden zu führen, ohne daß besonderer Grund angegeben und bewiesen wird, warum die mündliche Abrede nicht gerade in die Urkunde aufgenommen ist. Die Grenze zwischen Gegenbeweis und Interpretationsbeweis ist recht flüssig (JW. 06 349 [6]). Neumann, Rechtsprechg. d. RG. (1910) 1 Anm. 10 zu § 125.

[36]) S. unten § 24.

über die bisher besprochene Vermutung nichts von einer solchen regelmäßigen Ablehnung der Eideszuschiebung durch den Gegenbeweisführer erkennen lassen.[37])

Hervorgehoben muß werden, daß immer vom Gegenbeweis, der offen gelassen sei, geredet wird, nicht der Beweis des Gegenteils wird gefordert.[38]) Letzteres würde mehr bedeuten. Das Gegenteil müßte nach dem Satze des Widerspruchs unvereinbar sein mit der Vermutung, während der Gegenbeweis nur nötig hat, die Ueberzeugung zu erschüttern, daß die Vermutung im konkreten Fall anwendbar ist.

9. In einer Entscheidung des RG. (JW. 11 87[4]) wird die Vermutung „Beweisvermutung" genannt. „Indes ist diese Ausnahme gegründet auf jene Beweisvermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Bestätigungsschreibens, als deren unmittelbares Ergebnis sie bezeichnet ist, während sie nur beruhen durfte auf der Auslegung der mittels der Beweisvermutung festgestellten Verabredung der Parteien." Der Gegensatz zu Beweisvermutung ist Beweislastvermutung.[39]) Was das RG. in der angezogenen Entscheidung unter Beweisvermutung versteht, ist nicht ganz sicher, jedoch wird man nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß das Wort Beweisvermutung dartun sollte, daß die vorliegende Vermutung mit der Beweislast nichts zu tun hat, sondern lediglich im Gebiete der Beweiswürdigung eine Bedeutung hat. Damit wird der oft gehörten Behauptung,[40]) daß die Vermutung die Beweislast umkehre, für diese tatsächliche Vermutung entgegentreten.

Die Beweislast wird durch die Vermutung der Vollständigkeit der Schrift nicht umgekehrt, lediglich erleichtert wird dem Hauptbeweisführer seine Tätigkeit und dem Gegner wird der Gegenbeweis offen gelassen.

10. Die vorstehende Erörterung hat dazu geführt, verschiedene Fragen aufzuwerfen und sie gleichzeitig an Hand des Einzelbeispiels einer tatsächlichen Vermutung zu beantworten.

---

[37]) Gruchot 41 966 erkennt vielmehr ausdrücklich an, daß Eideszuschiebung zulässig ist.

[38]) RG. 68 15.

[39]) Endemann, Der deutsche Zivilprozeß (1879) 3 526; Endemann, Das deutsche Zivilprozeßrecht (1868) § 186; Hedemann S. 119, 120.

[40]) Leonhard S. 299; Kann, Literaturbericht ZZP. 12 196 Anm. 13.

Die tatsächliche Vermutung hat sich als eine prägnant formulierte Erfahrungsregel dargestellt; eine Abweichung vom regelmäßigen Verfahren infolge Anwendung derselben trat nicht ein.

Es zeigte sich die Neigung der Praxis wie Theorie, die tatsächliche Vermutung zu einer rechtlichen zu stempeln, und daß diesem Streben das RG. entgegentrat.

Als Unterschied der rechtlichen von der tatsächlichen Vermutung erwies sich einmal der Ausschluß der Nachprüfung des Erfahrungssatzes, auf dem die rechtliche Vermutung beruhte, sodann daß die rechtliche Vermutung sich an bestimmte Voraussetzungen knüpft, während der Kreis der Voraussetzungen der tatsächlichen Vermutung allgemein nicht umschrieben werden kann, sondern sich nach dem Einzelfalle richtet.

Der Vorbehalt des Gegenbeweises stellte sich nicht als eine Besonderheit der tatsächlichen Vermutung dar, sondern als ein allgemeiner Satz des Prozeßrechts.

Die Behauptung, daß die tatsächliche Vermutung die Beweislast umkehre, fand sich in einer Entscheidung zurückgewiesen, und daraus erhellte, daß die tatsächliche Vermutung ins Gebiet der Beweiswürdigung gehört.

§ 5.

1. Tatsächliche Vermutungen knüpfen sich an den Beweis der Darlehenshingabe, insbesondere an den Schuldschein. Der Abschluß eines Darlehensvertrages geht meist ohne Zeugen vor sich zwischen den beiden Vertragsparteien, und die aus der Lebenserfahrung hergeleiteten Vermutungen über den Hergang bei solchen Vertragsschlüssen ersetzen die unmittelbare Beweisführung.

Wer ein Darlehen zurückfordert, den trifft die Beweislast dafür, daß ein Darlehensvertrag abgeschlossen worden ist, daß der Gegenstand des Darlehens als Darlehen hingegeben und als solches empfangen worden ist.[41])

---

[41]) Staudinger, Komm. 7./8. Aufl. zu § 607 VI. Anm. und dort Zitierte; ferner Oertmann, R. d. Schuldverh. (1910) zu § 607 Anm. 4 (bloßer Beweis der Geldhingabe genügt nicht); Cosack, Lehrb. (6. Aufl.) S. 581 Nr. 4; Dernburg, BürgR. (1906) 2 2, 241. Aeltere Literatur bei G. Cohn in Endemanns HB. d. HandR. 3 (1885) 833, 852 Anm. 153. RG. Gruchot 50 947 und dort zitierte Entscheidungen.

2. Aus den persönlichen Beziehungen zweier Parteien wird mitunter entnommen, daß es sich bei Hingabe von Geld zwischen ihnen nicht um ein Darlehen handelt.

Ein reicher Schwiegervater hatte seinem Schwiegersohne, einem jungen Rechtsanwalt, mehrfach Geldbeträge gegeben und verlangte diese als Darlehen zurück. Das RG.[42]) bestätigte die Entscheidung des OLG., die nach den tatsächlichen Verhältnissen als zutreffend angesehen werden muß, nämlich daß aus den persönlichen Beziehungen der Parteien zu entnehmen sei, daß es sich nicht um ein Darlehen handle. Interessant ist an dem Urteile, daß das RG. nicht von einer aus dem Verhältnisse entspringenden „tatsächlichen Vermutung" spricht, sondern nur von „tatsächlicher Erwägung", obwohl es so nahe lag, davon zu sprechen, daß der Einsender der Entscheidung von einer natürlichen Vermutung redet. Sicheres läßt sich nicht entnehmen aus dem Nichtgebrauch, da der Sprachgebrauch ja kein fester ist; immerhin scheinen die Erwägungen, die zur Entscheidung führten, doch so eng mit der konkreten Sachlage zusammenhängend zu sein, daß von einer tatsächlichen Vermutung nicht wohl die Rede sein kann,[43]) weil eine solche nur sich auf für Verallgemeinerung geeignete typische Fälle zu gründen vermag.

3. Während die vorstehende Vermutung keine allgemeinere Bedeutung beanspruchen kann, hat die folgende[44]) eine solche.

Die Erblasserin des Klägers stellte eine Schenkungsurkunde aus, worin erklärt war, daß sie dem Beklagten eine bestimmte Summe schenke. Diese Urkunde hatte der Beklagte in Händen und machte widerklagend den Anspruch aus dem Schenkungsvertrage geltend. Unter anderem wandte der Kläger auf die Widerklage ein, dem Beklagten habe es an einem Willen, die Schenkung anzunehmen, gefehlt.

Diese Einwendung stellte sich als Bestreitung des Klagegrundes dar, der gegenüber der Kläger beweisen muß. Der Kläger muß beweisen, daß er das Schenkungsversprechen ange-

---

[42]) Recht 12 Nr. 2025.

[43]) RG. 74 140 betont, daß eine Vermutung für den Schenkungscharakter von Leistungen unter Verwandten nur in den engen Grenzen von §§ 685, 1618 BGB. gegeben sei. Abgesehen davon hat die Würdigung unbeeinflußt zu sein von einer vorzugsweisen Berücksichtigung des Verwandtschaftsverhältnisses. Bei Gruchot 50 949 wird der allgemeine Satz aufgestellt, daß Schenkungen nicht vermutet werden.

[44]) RG. 15 218.

nommen hat. Dazu bemerkt das RG.: „Es muß aber noch hervorgehoben werden, daß in einem Falle, wie dem vorliegenden, besondere Gründe[45]) für die Annahme des Akzeptationswillens beim Beschenkten überhaupt entbehrlich sind. In jedem Falle, wo derjenige, zu dessen Gunsten ein Schuldschein lautet, denselben besitzt, ist zu vermuten, daß die Urkunde ihm von dem Aussteller zum Zwecke der Verpflichtung hingegeben und von ihm in der entsprechenden Willensmeinung entgegengenommen worden sei, so daß es nur dem Aussteller bzw. seinem Rechtsnachfolger überlassen bleibt, seinerseits Behauptungen aufzustellen und eventuell zu beweisen, aus welchen sich das Gegenteil ergibt. Warum dies bei einer Schenkungsurkunde anders sein sollte, als bei irgendeinem anderen Schuldscheine, wäre gar nicht abzusehen."

Diese Entscheidung ist für das gemeine Recht[46]) gefällt worden. Ob das RG. eine gesetzliche Vermutung der Art behaupten wollte, mag dahingestellt sein. Heute kann sie jedenfalls nur tatsächliche Geltung beanspruchen.[47]) Sie entspringt aus dem Wesen des Schuldscheins.

Der Schuldschein ist hauptsächlich Beweisurkunde.[48]) Daneben kann er auch eine dispositive Bedeutung haben (abstraktes Schuldversprechen; § 607 II BGB.). Der

---

[45]) Will heißen: Beweisgründe i. e. besondere Beweisführung.

[46]) Vgl. dafür auch insbesondere SeuffArch. 45 Nr. 10 mit Nachweisungen.

[47]) Eine gesetzliche Vermutung für Bestehen eines Schuldverhältnisses solange der Gläubiger eine Schuldurkunde in Händen hat, besteht allgemein nicht. Ein besonderer Fall ist die Anerkennung einer solchen Vermutung beim hypothekarischen Darlehen, RG. 49 6, §§ 891, 1138 BGB. Diese Vermutung beruht aber vornehmlich auf der Grundbuchvermutung, nicht auf dem im Texte ausgesprochenen Erfahrungssatz.

Staudinger, Komm. 7./8. Aufl. Anm. 1 zu § 371 mit w. Nachweisungen (eine solche Verm. besteht nicht).

[48]) KommRGerR. zu § 607 Anm. 7; Oertmann, R. d. Schuldverh. zu § 371; Hedemann, IheringsJ. 48 63; RG. 56 237: „Das schriftliche Empfangsbekenntnis des Kl. liefert den Beweis, daß ihm das [als Gegenleistung . . .] versprochene Darlehen gewährt worden ist, sei es durch bare Hingabe der Darlehenssumme, sei es durch Umwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld". Dieser absolut hingestellte Satz ist jedoch mit Vorsicht zu verstehen. Dem Wesen des Schuldscheines als Beweisurkunde gegenüber sind überall die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, so daß u. Umst. der Schuldschein keinen Beweis erbringt. Gruchot 51 942 (Kl. hat zu behaupten und zu beweisen eine Vereinbarung gem. § 607 II; dieser Beweis ist geführt d. Anerkg. d. Schuldscheins seitens d. Bekl.).

Schuldschein ist ein Empfangsbekenntnis des Schuldners über eine vom Gläubiger empfangene Leistung. Das Natürliche ist, daß, solange der Gläubiger den Schuldschein in Händen hat, der Schuldschein die Beweiswirkung als Empfangsbekenntnis des Schuldners hat. Ausnahme ist, daß dieses Empfangsbekenntnis unrichtig ist, d. h. daß der Schuldner nichts vom angeblichen Gläubiger empfangen hat, obwohl er dem Gläubiger einen Schuldschein in die Hand gab. Diese vorläufige Schuldscheinhingabe kommt aber nicht selten[49]) vor und bereitet Beweisschwierigkeiten. Es muß aber als dem Wesen des Schuldscheins entsprechend betrachtet werden, daß in Fällen der vorläufigen Hingabe der Schuldner den Gegenbeweis gegen die aus dem Schuldschein und der Tatsache, daß der Gläubiger ihn in Händen hat, fließende vorläufige Annahme zu führen hat, daß der Schuldner eine Leistung vom Gläubiger empfangen hat, so wie er es ausdrücklich bekennt.[50]) Wenn nicht der Schuldschein überhaupt bedeutungslos für den Verkehr sein soll, muß der Tatsache, daß der Gläubiger einen solchen in Händen hat, diese Bedeutung beigemessen werden.[51]) Nie aber darf außer acht gelassen werden, daß die Beweiswirkung eines Schuldscheines vollkommen frei zu würdigen ist. Eine Beweisregel hinsichtlich seiner Beweiswirkung besteht nicht.[52])

Es ist fraglich, ob man auch für das Recht des BGB. eine tatsächliche Vermutung für Bestehen eines Darlehens aus der Tatsache, daß der Gläubiger einen Schuldschein darüber in Händen hat, als üblicherweise anerkannt bezeichnen kann.[53]) Die oben zitierten Entscheidungen, die die Frage des Beweises durch Schuldschein berühren, vermeiden den Ausdruck Vermutung. Wenn man aber die ältere Entscheidung des RG. 15 218 für das heutige Recht gelten lassen und darin eine tatsächliche Vermutung erblicken will, so muß man zugestehen, daß diese

---

[49]) Collatz, IheringsJ. **40** 131 ff.

[50]) So in der Wirkung auch RG. bei Gruchot **49** 910, 913, obgleich die Entscheidungen von Umkehrung der Beweislast reden, und es sich doch lediglich um eine Frage der Beweiswürdigung handelt. Vgl. SeuffArch. **59** Nr. 122. OLG. Hamburg; ferner RG. **56** 235; **57** 320; JW. **05** 138 Nr. 15; **10** 576[8].

[51]) So z. B. OLG. Karlsruhe, Bad. RPrax. **08** 106.

[52]) Hedemann zutreffend in IheringsJ. **48** 64 Anm. 2.

[53]) Von einer solchen Verm. sprechen: Fitting, ZZP. **13** 74; Crome, System d. BürgR. **2** 911 Anm. 16; nicht klar Leonhard S. 220 Anm. 3 (er hebt nur hervor, daß es keine Rechtsverm. ist); Hellwig 476 (nicht ganz deutlich).

Vermutung sich mit Notwendigkeit aus dem Wesen des Schuldscheins ergibt, wie es dargetan worden ist. Die Formulierung des Satzes, der Schuldschein in Händen des Gläubigers beweist bis auf weiteres die Hingabe des Darlehens an den Schuldner, als Vermutung, ist nichts als eine Form. An der Sache wird nichts geändert. Weder ändert diese tatsächliche Vermutung die Beweislast, noch auch enthält sie nur eine prägnantere Zuspitzung des Satzes, so daß seine Bedeutung für die Beweiswürdigung klarer erhellen würde.

Daher ist es nur zutreffend, wenn von der Vermutung in den neueren Entscheidungen nicht die Rede ist.[54])

4. Der umgekehrte Fall, wenn der Schuldner den Schuldschein, den er dem Gläubiger gegeben hatte, wieder in Händen hat, hat ebenfalls zur Aufstellung von Vermutungen Anlaß gegeben.

RG. sagt in JW. 10 64[10]: Eine rechtliche Vermutung des Inhalts, daß zugunsten eines Schuldners, der sich im Besitze der Schuldurkunde oder des Hypothekenbriefes befindet, bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen sei, seine Verpflichtung sei erloschen, und er habe die Schuldurkunde aus solchem Grunde zurückerhalten, besteht nach geltendem Gesetz nicht."

Eine rechtliche Vermutung dieser Art besteht zweifellos nicht.[55]) Eine tatsächliche Vermutung aber wird neuerdings nicht mehr aufgestellt.[56]) An und für sich stünde sie auch auf schwachen Füßen, denn wenn eine Schuldurkunde nach Zahlung des geschuldeten Betrages dem Schuldner zurückgegeben wird, so geschieht dies doch meistens nur, nachdem eine Quittung entweder

---

[54]) Damit ist nicht gesagt, und kann nicht gesagt sein, daß der allgemeine sich aus dem Wesen des Schuldscheines ergebende Satz, auf Grund dessen die Vermutung aufgestellt werden könnte, reprobiert sei; im Gegenteil, er ist vielmehr anerkannt.

[55]) Motive 2 91; das BGB. hat Vermutungen, die sich an tatsächliche Vorgänge knüpfen, zur Erleichterung des Beweises der Schulderfüllung nicht übernommen.

[56]) Für das frühere Recht. Cohn in Endemanns Handbuch d. Handelsr. 3 1023 Anm. 135 ff. mit reichen Nachweisungen.

Dort sind auch andere die Zahlung betreffende, meist rechtliche Vermutungen aufgeführt.

Als eine praes. hominis sieht Cohn es an (a. a. O. bei Anm. 140), wenn aus der vorbehaltlosen Quittung über die Kapitalschuld die Bezahlung auch der Zinsschuld gefolgert wird.

auf der Schuldurkunde selbst oder in besonderer Urkunde erteilt worden ist. Davon geht auch das BGB. § 371 aus.

Weiter ist es der Gesichtspunkt, daß nur die freiwillige Rückgabe des Schuldscheins die Vermutung begründen kann, daß die Schuld getilgt sei.[57]) Denn wenn der Schuldschein irgendwie ohne den Willen des Gläubigers in die Hände des Schuldners gekommen ist, so ist es offenbar, daß eine Vermutung für Schulderfüllung aus der Tatsache, daß der Schuldner die Schuldurkunde besitzt, nicht hergeleitet werden kann.

Wenn nun der Schuldner die Freiwilligkeit der Rückgabe erst beweisen muß, ein Beweis, der nicht leicht ist, so erhellt, daß die ganze Vermutung ihm nicht viel nützt. Es müßte denn sein, daß man außerdem noch aus dem Besitze der Schuldurkunde die freiwillige Rückgabe an den Schuldner vermutet.[58]) Dieser Annahme steht aber wieder entgegen, was als erster Einwand gegen die Vermutung geltend gemacht worden ist, daß nämlich im allgemeinen außer der Rückgabe des Schuldscheins noch Quittung erteilt zu werden pflegt.

Es kommt also schließlich alles darauf hinaus, ob diese letzte Annahme richtig ist.[59])

---

[57]) So SeuffA. 19 138; 30 197; Code civil Art. 1282. La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur fait preuve de la libération.

Art. 1283: La remise volontaire de la grosse (Ausfertigung einer notariellen Urkunde) du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement sans préjudice de la preuve contraire.

[58]) In der Tat hat die französische Praxis sich damit geholfen. Marcadé, Explication du C. N. Anm. II zu Art. 1283. Tout le monde est d'accord pour reconnaître . . . que le fait même de la possession du débiteur fait présumer la restitution volontaire; Aubry et Rau, Cours de dr. c. Français IV (1902) S. 340 Anm. 32 mit w. Nachweisg. Die deutsche gemeinrechtliche und französischrechtliche Praxis hat eine solche Vermutung nicht anerkannt, SeuffA. 30 Nr. 197 (Schlußsatz); RG. in PucheltsZ. 18 617 (der Schuldner ist für freiw. Rückg. beweispflichtig); PucheltsZ. 14 52 (insbes.).

[59]) Hier ist an einem Einzelfalle nachgewiesen, was Ihering, Besitzwille (1889) S. 144 ff. ganz allgemein über die Praktikabilität der Aufstellung von gesetzlichen Vorschriften sagt. Es ist die Frage, wie das Verhältnis der Deckungsfälle (Zutreffen der Verm. aus Besitz des Schuldscheins d. d. Schuldner) zu den Ausnahmefällen ist. Darüber kann man verschiedener Ansicht sein. Nimmt man an, daß die Deckungsfälle sehr vielen Ausnahmefällen gegenüberstehen, so stellt man die Vermutung nicht auf. Dies ist der Standpunkt des BGB. Staub, KommHGB. 6/7. Aufl., allgem. Einl. Anm. 57, bestreitet, daß statistische Momente maßgebend seien.

Man kann nur zustimmen, wenn das BGB. von einer solchen Vermutung abgesehen hat, trotz zahlreicher legislativer Vorbilder.[60])

5. Die gemeinrechtliche Praxis hingegen kennt, fußend auf l. 2 Dig. 2 14, die Vermutung, und zwar als rechtliche,[61]) jedoch mit der Klausel, daß nur die aus freien Stücken erfolgte Rückgabe die Vermutung zu stützen vermag und daß der Schuldner den Besitz des Schuldscheines erklären muß (SeuffArch. 30 Nr. 197).

Im Anschluß an die erwähnten Art. 1282, 1283 C. c., die in einem Teile Deutschlands vor 1900 Geltung hatten, ist eine Reihe von Entscheidungen ergangen, z. T. des RG.[62]) Sie interessieren in diesem Zusammenhang nicht weiter. Nur das eine ist bemerkenswert an allen diesen Entscheidungen. Ueberall ist nämlich das Verhältnis dieser Vermutung aus den genannten Art. zu §§ 14[3] und 16[1] EGZPO. nicht erörtert. Es kommt dies daher, daß die Art. 1282, 1283 als durch den § 14[3] nicht berührt angesehen wurden. Vielmehr erschienen sie als Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises (Art. 1382) oder bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß anzusehen ist. Sie werden demnach durch § 16[1] aufrechterhalten.[63])

6. Es ist nicht gelungen, in einem der obigen Fälle eine bestimmte Uebung der neueren Praxis nachzuweisen in bezug auf Anwendung einer der oben angeführten Vermutungen. Es ist deshalb nicht gelungen, weil der strenge Maßstab, den die Erörterung der Vermutung für Vollständigkeit einer Urkunde an die Hand gab, es nicht erlaubte, schon dann von Ueblichkeit zu reden, wenn eine tatsächliche Vermutung nur gelegentlich da und dort angewandt wird, nirgends aber einmal ausdrücklich eine solche in einer oberstrichterlichen Entscheidung neuerer Zeit an-

---

[60]) Motive 2 91 und die dort in der Anmerkung gegebene Zusammenstellung. Vgl. oben C. c. Art. 1282, 1283; l. 2 Dig. 22, 3; l. 2 Dig. 2, 14; Schweiz. ObligatR. (22. Juni 1881) Art. 104: „Die Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner begründet die Vermutung, daß die Schuld getilgt sei"; Staudinger, Komm., 7./8. Aufl., Anm. 2 zu § 371.

[61]) SeuffArch. 1 Nr. 202; 5 262; 19 138, 223; 30 197.

[62]) PucheltsZ. 12 (1881) 249, 648, 678; 14 52; 17 270; 20 53; 18 617.

[63]) Ueber das Verhältnis beider Paragraphen und die daran sich anschließende Kontroverse Hedemann a. a. O. § 22. Die Kontroverse hat heute kaum noch Bedeutung.

erkannt wird, und zwar so, daß es unzweifelhaft ist, daß eine tatsächliche Vermutung gemeint ist.

7. Stellt man sich aber auch auf den Standpunkt, daß man von einer tatsächlichen Vermutung für Bestehen eines Schuldverhältnisses aus Besitz des Schuldscheines durch den Gläubiger reden kann, so würde die Bedeutung dieser Vermutung in einer Beweiserleichterung liegen. Diese Wirkung ist in RG. 15 218 deutlich zu erkennen. Der Kl. hatte das Vorhandensein des Schenkungsvertrags nachzuweisen gehabt. Er legte die Schenkungsurkunde vor und sein Beweis wird als geführt betrachtet. Bei Würdigung des Umstandes, daß Kl. eine äußerlich in Ordnung gehende Urkunde in Händen hat, die besagt, es sei ein Schenkungsvertrag geschlossen, findet das Gericht, daß dies als Nachweis des Schenkungsvertrags genüge. Einwendungen, die sich natürlich denken lassen, Scherz usw., mag der Gegner geltend machen. Nicht wird die Beweislast umgekehrt, denn ob die Urkunde noch vorhanden ist, oder nicht, sie bleibt dieselbe, nämlich der Kläger hat den Schenkungsvertrag nachzuweisen.

Der vom RG. mit Vermutung bezeichnete Satz ließe sich allgemein so formulieren. Derjenige, der durch den Besitz eines äußerlich fehlerfreien Schuldscheins[64]) den Beweis seiner Gläubigereigenschaft zu führen suche, beweise diese Eigenschaft zwar nicht unumstößlich, werde aber, wenn nicht offenbare Zweifel an seiner Gläubigereigenschaft bestehen, vorläufig bis zu erbrachtem Gegenbeweis als Gläubiger angesehen.

Es ist dies ein Satz der Erfahrung, der zu billigen ist und nur zufällig zu selten in obersten Entscheidungen erscheint, als daß man von einer anerkannten tats. Verm. reden könnte.

Es läßt sich auch aus diesem Satz ein Grundsatz ganz allgemeiner Bedeutung für die Beweiswürdigung entnehmen.

Der äußere Anschein genügt, die prima facies, wenn sie nicht offenbar trügt, um als Nachweis gelten zu können dafür, daß ein Tatbestand wirklich so ist, wie er äußerlich scheint.

§ 6.

Die Beweiskraft des äußeren Anscheins zeigt sich deutlich in der folgenden Vermutung.

---

[64]) Das RG. bemerkt, daß, was von der Schenkungsurkunde gilt, auch vom Schuldschein gelte.

1. (RG. 41 409) „Nach der herrschenden Meinung begründet der Besitz des mit dem vorprotestlichen Indossament versehenen Wechsels und des Protestes jedenfalls die Vermutung, der Besitzer habe den Wechsel im Regreßwege eingelöst."

Art. 36 der Wechselordnung bestimmt, was derjenige beweisen muß, der bei vorwärtslaufendem Wechsel aus dem Wechsel Ansprüche geltend macht. Er muß sich durch eine Reihe bis auf ihn hinunter gehender zusammenhängender Indossamente legitimieren. Dies ist eine rein äußerliche Tatsache, diese genügt aber auch. Von den Beziehungen zwischen den einzelnen Personen, die auf den Wechsel ihren Namen gesetzt haben, braucht vorläufig nichts dargelegt zu werden. Der äußere Anschein genügt.

Beim rücklaufenden Wechsel ist es ähnlich. An und für sich muß derjenige, der im Wege des Regresses den Wechsel erhalten hat und nun weiter Regreß nehmen oder gegen den Hauptwechselschuldner vorgehen will, beweisen: 1. daß er Indossatar ist und der Wechsel auf Grund von sich aneinanderreihenden Indossamenten an ihn gelangt ist (Art. 36), 2. daß Protest erhoben worden ist, 3. daß er den Wechsel im Rücklauf erhalten hat. Den 1. Nachweis liefert er durch das vorprotestliche Indossament an ihn, den 2. durch die Protesturkunde in seinen Händen. Für den 3. Nachweis hat er gewöhnlich keine Urkunde in Händen. Möglich wäre ein Rückgiro; das kommt aber in der Praxis selten vor. Hier greift nun die im Eingang aufgeführte Vermutung ein. Wer als Indossatar auf dem Wechsel sich legitimieren kann und außerdem den Protest in Händen hat, der hat für gewöhnlich den Wechsel im Wege des Rücklaufs erhalten. Es besteht eine Vermutung dafür.

Diese Vermutung ist eine tatsächliche von der Praxis geschaffene, die das Gesetz nicht kennt.

Schon das Reichsoberhandelsgericht hat diese Vermutung aufgestellt und sie mehrfach anerkannt,[65]) ebenso das preußische Obertribunal.[66]) Später wurde diese Vermutung vom RG. übernommen, dessen grundlegende Entscheidung die oben angeführte

---

[65]) ROHG. 3 124; 12 105; 14 328 (mit Nachweisungen); 18 274. Z. B. 14 328: „Daraus, daß die Kl. sich im Besitze des Wechsels und des Protestes befindet, entsteht die Vermutung, daß sie den regrediendo gegen sie vorgehenden Hintermann in dem Umfange befriedigt hat, in welchem sie zur Einlösung des Wechsels verbunden war".

[66]) Striethorst, Archiv 10 338 (nennt die Vermutung eine rechtliche unter Bezug auf ALR. § 97 I, 16); 62 188 ff.

ist. Auch sonst wird die Vermutung anerkannt.[67]) Es sei hier angeführt die Entscheidung des OLG. Hamburg von 1891. „Die zur Begründung der Klage auf die Regreßsumme, gestützt auf den protestierten Wechsel, weiter erforderliche Tatsache, daß der Kl. in Wirklichkeit den Wechsel im Regreßwege eingelöst habe, ist freilich nicht urkundlich liquide gestellt .... Die Praxis präsumiert aber in Fällen dieser Art, daß der ordnungsmäßig protestierte, im Besitz eines regreßpflichtigen Vormannes befindliche Wechsel von diesem im Regreßwege eingelöst sei."

Zu bemerken ist an dieser Entscheidung, daß ausdrücklich gesagt wird, die Praxis habe diese Vermutung geschaffen, daß es sich demnach um eine tatsächliche Vermutung handle.

In einer neueren Entscheidung (JW. 10 834[70]) wird die Vermutung wieder nebenbei anerkannt. Die Entscheidung selbst ist zu einem andern Falle ergangen, in dem die Vermutung nicht anwendbar war.

Auch die Theorie ist mit einer Ausnahme einmütig in der Anerkennung dieser Vermutung.[68]) Gegenüber Zweifeln, die geäußert werden könnten,[69]) ist zu betonen, daß der Gegenbeweis gegen die Vermutung selbstverständlich zulässig ist. Wäre das nicht der Fall, so könnte allerdings nicht mehr von einer tatsächlichen Vermutung gesprochen werden; es ist aber durchaus kein Grund zu finden, warum die Bezeichnung Vermutung hier einen anderen Begriff decken sollte wie sonst.

2. Die Vermutung aus Besitz des Wechsels und Protestes bei rückläufigem Wechsel hat sich, wie die früher besprochenen, als Beweiserleichterung erwiesen, nicht als Umkehrung der Beweislast. Die Vermutung hat also Bedeutung für die Beweiswürdigung, nicht für die Beweislast.

Ferner zeigte sich die Bedeutung der Vermutung wiederum nur darin, daß sie eine Formel für einen Erfahrungssatz war. Der Erfahrungssatz lautet: Wer Indossatar ist, den Wechsel und Protest in Händen hat, der hat, falls auch hinter seinem Indossamente noch mehrere undurchstrichene Indossamente sind, regelmäßig

---

[67]) SeuffArch. 45 Nr. 120 (mit Nachweisungen).

[68]) Staub-Stranz, Komm. z. Wechselordnung, 8. Aufl. (1912), Anm. 2 ff. zu Art. 51; Wechselordnung, Komm. v. Rehbein, 8. Aufl., Anm. 10 zu Art. 41—55; Cosack, Handelsrecht, 7. Aufl., S. 244 oben. Abweichend: Lehmann, Wechselordnung (1886) S. 546 in HB. d. Handelsrechts von Endemann, 4 2. Abt. S. 285 Anm. 38.

[69]) Staub-Stranz, Anm. 3 a. a. O.

den Wechsel nicht anders als im Rücklaufe erhalten. Dies wird scharf formuliert. Es wird vermutet, daß er den Wechsel regrediendo erhielt. Damit ist gesagt, daß vorläufig Beweis erbracht ist auf Grund freier Beweiswürdigung, daß aber Gegenbeweis nicht ausgeschlossen sei.

Die Berechtigung dazu, solchen auf äußerliche Umstände sich stützenden Nachweis als genügenden anzusehen, entnimmt der Richter aus dem Grundsatze, daß der äußere Anschein, falls er nicht offenbar trügt, als Nachweis angesehen werden darf.[70]) Dieser Grundsatz ist nirgends im Gesetz ausdrücklich formuliert, aber mancherorts[71]) angewandt. Es ist ein Grundsatz, der aus dem der freien Beweiswürdigung fließt.

3. Das Recht des Blankowechsels ist Gewohnheitsrecht.[72]) Manche Sätze dieses Gewohnheitsrechts erscheinen als Vermutungen formuliert. Allein m. E. kann keine dieser Vermutungen als tatsächliche Vermutung angesprochen werden, sondern es sind Rechtssätze, Sätze des Gewohnheitsrechts, die aus ehemals wirklichen, lediglich tatsächlichen Vermutungen entstanden sind.

Ein Hauptgrundsatz ist, daß der Nehmer des Blankowechsels ein übertragbares, vererbliches Recht auf verabredungsgemäße Ausfüllung des Blanketts erhält durch die Hingabe desselben. Dies ist gewiß ein Rechtssatz.[73]) RG. 33 47 sagt: „Nach dem in der Rechtsprechung des ROHG. wie des RG. festgehaltenen Standpunkte erwirbt der Nehmer eines Blankoakzeptes regelmäßig das unwiderrufliche, von einem Einspruche des Gebers nicht mehr abhängige Vermögensrecht, durch Ausfüllung des Wechselblankettes nach Maßgabe der erteilten Ermächtigung einen vollständigen Wechsel herzustellen". Wenige Monate zuvor hatte derselbe I. Zivilsenat denselben Grundsatz eine Vermutung genannt (RG. 32 71). „Bei der Hingabe eines Blankoakzeptes, ... greift . . . die der Gewohnheit des Geschäftsverkehres entnommene Vermutung Platz, daß der Nehmer ermächtigt sein solle, durch Ausfüllung des Formulares, nach Maßgabe des der Wechselbegebung zugrunde liegenden

---

[70]) Staub-Stranz, Anm. 4 a. a. O.

[71]) Darüber unten § 26.

[72]) Auch BürgR. 33 138.

[73]) Staub-Stranz, Komm. Anm. 13 zu Art. 7; Grünhut, Wechselrecht, in Bindings System. HB. 1 (1897) 445; ArchBürgR. 33 164 ff.

Vertrages, einen vollständigen Wechsel entweder selbst herzustellen oder diese Herstellung seinen Nachmännern zu übertragen.“ Damit wollte das RG. sicherlich nicht eine tatsächliche Vermutung aufstellen, sondern es hat auch in dieser Entscheidung den als Vermutung bezeichneten Satz als Rechtssatz aufgefaßt. Die Bezeichnung Vermutung erinnert lediglich an die Entstehung dieses Gewohnheitsrechtssatzes aus der Uebung des Verkehrs.

Der Blankowechsel ist der Verabredung entsprechend auszufüllen. Ist keine Verabredung getroffen, so hat der Nehmer das Recht, das Blankett so zu ergänzen, daß es den üblichen typischen Inhalt eines Wechsels hat. Das Recht, ungewöhnliche Klauseln, etwa: „ohne Kosten“, Domizilvermerk, beizusetzen, hat der Nehmer nicht.[74]) Auch diese Sätze sind m. E. Gewohnheitsrechtssätze. Aber auch sie werden in älteren Entscheidungen als Vermutungen[75]) bezeichnet, während das später[76]) nicht mehr der Fall ist.

4. Ob die durch § 2231 BGB. vorgeschriebene Angabe des Ortes und Tages der Abfassung eines eigenhändigen Testaments richtig sein muß, ist bestritten.[77]) Man wird sich der Ansicht nicht verschließen können, daß das Gesetz Richtigkeit der Angabe verlangt, andernfalls würde das Datum eine ganz zwecklose äußerliche Formel sein.[78])

Eine andere Frage ist, wie der Beweis für die Richtigkeit des Datums geführt wird. Daraus, daß derjenige, der sich auf ein eigenhändiges Testament beruft, die Richtigkeit des Datums beweisen muß, kann nichts gegen die Ansicht her-

---

[74]) Es ist Sache der Auslegung, festzustellen, ob im einzelnen Falle nicht doch die Beifügung einer solchen Klausel vom Geber gestattet ist (vgl. Grünhut a. a. O. 1 447 Anm. 11; Staub-Stranz, Komm. Anm. 12 β zu Art. 7).

[75]) ROHG. 15 432; 21 326.

[76]) JW. 98 161 [27].

[77]) Staudinger, Komm. 3./4. Aufl. Anm. 5 zu § 2231. Für ein öffentliches Testament bestehen nicht ganz dieselben Grundsätze (vgl. RG. 74 421 ff., insbes. 424 [die unrichtige Datierung hat Nichtigkeit dann nicht zur Folge, wenn das richtige Datum in anderer Weise festgestellt werden kann]; dagegen KGer. in RJA. 6 173 [mit Nachweisungen]).

[78]) Auch das französische Recht verlangt Richtigkeit des Datums. Huc, Comm. (1894) 6 347 Nr. 272 zu Art. 970 C. c.: „La Cour de cassation déclare hautement que lorsque le législateur éxige une date il n'entend pas se contenter d'une date quelconque, et qu'il veut une date exacte et que fausseté de la date équivaut à l'absence de date.

geleitet werden, daß das Datum richtig sein muß.[79]) Denn für die Richtigkeit des Datums spricht dann eine tatsächliche Vermutung, wenn ein äußerlich fehlerfreies Testament vorliegt. Der Beweis der Richtigkeit des Testaments ist also nicht so schwierig, daß das eigenhändige Testament praktisch unbrauchbar würde.

Das Kammergericht äußert sich hierzu wie folgt[80]) (4. XI. 1904): „Für ihre Behauptung der unrichtigen Datierung wäre die Kl. beweispflichtig, wenn ein äußerlich fehlerfreies, seiner Echtheit nach anerkanntes Testament vorläge, denn ein solches begründet die Vermutung, daß die gesamte Erklärung an dem angegebenen Tage niedergeschrieben ist. Daß der Erblasser das ganze Testament selbst geschrieben hat, ist unstreitig, die vorerwähnte Vermutung kann aber trotzdem nicht Platz greifen, weil das Testament den Anschein äußerer Fehlerlosigkeit nicht besitzt."

Dieses Urteil des KG. bezieht sich auf RG. 12 315, das ähnliche Ausführungen macht, ohne die Bezeichnung Vermutung anzuwenden.

Ein Urteil des RG. v. 12. X. 05 führt aus.[81]) Die Richtigkeit des Datums eines eigenhändigen Testaments müsse verlangt werden. „Die Ansicht, daß das Datum wahr sei, führe aber zu einem praktisch unbrauchbaren Ergebnisse, wenn nicht gleichzeitig die Beweisfrage dahin geregelt werde, daß die Richtigkeit des Datums nicht von dem sich auf das Testament Berufenden, sondern von dem Angreifenden zu beweisen sei. Nun ist aber Praxis und Wissenschaft, abgesehen von den gedachten beiden Schriftstellern (Plank und Strohal s. oben), einig darüber, daß ein äußerlich fehlerfreies, seiner Echtheit nach anerkanntes Testament die Vermutung der Richtigkeit des Datums begründet" (mit weiteren Nachweisungen).[82])

---

[79]) So z. B. Strohal, Erbrecht § 21a II 9 γ; Plank, Komm. Anm. II 4 δ zu § 2231.

[80]) OLG. 10 307.

[81]) RJA. 6 173 ff., insb. 176; es erging anläßlich des Streites um ein notarielles Testament. Die Ausführungen über das holographische Testament gehören eigentlich nicht ins Urteil, sind rein parenthetisch.

[82]) Das KG. bemerkt, daß diese Ausführungen für das öffentliche Testament nicht zutreffen; ebenso RG. 74 424 zu demselben Fall, der nachträglich nochmals vor dem RG. zur Erörterung kam. § 2241 lasse kein Raum für eine solche allgemeine Vermutung.

Man sieht auch bei dieser Vermutung, daß sie nicht eine sog. Umkehrung der Beweislast herbeiführt, sondern nur eine Erleichterung der Beweisführung.

Ferner ist wiederum ersichtlich die Anerkennung des Satzes, daß der äußere Anschein zur Beweisführung im allgemeinen genügt.[83])

§ 7.

1. Von manchen wird der in der Praxis herausgebildete Grundsatz, daß bei schuldhafter Beweiserschwerung durch den Gegner angenommen wird, die Beweisführung hätte das behauptete Ergebnis, als Vermutung bezeichnet.[84])

In den Entscheidungen, die diesen Grundsatz anerkennen, ist diese Bezeichnung vermieden.[85])

2. Hauptsächlich werden nach diesem Grundsatz entschieden die Fälle, in denen der Beweisgegner sich weigert, einen vom Beweisführer bezeichneten Gegenstand, den der Beweisgegner in Händen hat, als Augenscheinsobjekt vorzulegen oder einer Besichtigung zugänglich zu machen. Es gehören hierher über-

---

[83]) Was den Beweis des Datums anlangt, so steht das französische Recht auf dem folgenden Standpunkt (herrsch. Meinung): Huc, Comm. a. a. O. Nr. 281: „Il faut conclure de là que le législateur a entendu, que le testament olographe fît présumer par lui-même la réalité de sa date". Ebenso Baudry-Lacantinerie, Traité de droit Civ., Des donations entre vifs 2 (1896) 68 Nr. 1992 (mit weiteren Nachweisungen). Trotzdem das testament olographe ein acte sous seing privé ist, der eigentlich (Art. 1328) einregistriert werden müßte, wird aus Art. 970 geschlossen, daß das beigesetzte Datum als richtig angesehen werden muß bis zum gelieferten Gegenbeweis, und zwar dies infolge einer im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochenen Rechtsvermutung.

[84]) Fitting, ZZP. 13 74; Betzinger Nr. 144.

[85]) RG. 5 29 (wenn Bekl. durch unberechtigtes Verhalten der Kl. die Führung des Beweises unmöglich macht, ist Bekl. mit Beweis zu belasten); 20 5 (Grundsatz gilt mit Recht, daß derjenige, welcher seinem an sich beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhafterweise unmöglich machte, sich nicht mit Berufung auf die den Gegner treffende Beweislast verteidigen darf; ihm gegenüber gilt die gegnerische Behauptung als wahr); 34 224; 60 151 (Weigerung des Bekl., in eine Nervenheilanstalt zu gehen; Bekl. hat nachzuweisen, daß Behandlung keinen günstigen Erfolg haben würde); 63 410 (es ist nicht ausgeschlossen, daß das Gericht aus der Weigerung einer Partei, ihre Person als Beweisobjekt darzubieten, unter Umständen einen Beweisgrund zugunsten der Gegenpartei entnähme). ROHG. 19 103; 21 262; 23 308 (mit weiteren Nachweisungen); DJZ. 10 537/8 (daß dem Kl. durch den Bekl. ein Beweismittel entzogen ist, rechtfertigt eine Umkehrung der Beweislast, soweit eine solche dem Kl. obliegt); SeuffArch. 50 Nr. 33 (mit Nachweisungen).

haupt die Fälle, in denen aus Verschulden des Gegners es der Partei, der der Beweis obliegt, unmöglich gemacht wird, diesen Beweis zu führen, z. B. Verderbenlassen der Probe, wenn durch diese die Probemäßigkeit der gelieferten Ware bewiesen werden soll.

Die Auffassung von der Bedeutung des Satzes von der Beweiserschwerung ist verschieden. Die einen[86]) nennen ihn Erfahrungssatz, die anderen Rechtssatz.[87])

M. E. handelt es sich um einen Erfahrungssatz und es ist nur Zufall, daß er nicht durchwegs als Vermutung formuliert wird.

Als Rechtssatz ist er ausdrücklich nirgends ausgesprochen. Er wird hergeleitet entweder aus der Analogie der Vorschriften der ZPO.,[88]) oder aus dem allgemeinen Rechtssatz von Treu und Glauben.[89]) Ob eine Analogie bei den zusammenhanglosen Vorschriften unserer ZPO., die keine prozessuale Unterstützungspflicht der Parteien kennt,[90]) zulässig ist, ist sehr fraglich. Eine Uebertragung des Grundsatzes des § 242 BGB. auf die ZPO. ist unzulässig.

Es gibt eine einfachere und den Grundsätzen der ZPO. durchaus entsprechende Rechtfertigung des dem Rechtsempfinden zweifellos entsprechenden Satzes von der Wirkung der Beweiserschwerung. Die freie Beweiswürdigung des § 286 ZPO. gibt dem Richter die Möglichkeit, beweiserschwerende Handlungen des Gegners des Beweisbelasteten in ihrer Bedeutung so zu würdigen, daß aus dem den Beweis erschwerenden Verhalten des Gegners geschlossen wird, der angetretene Beweis würde den behaupteten Erfolg gehabt haben. Es ist der Satz der Erfahrung, daß das Verhalten des Gegners seinen Grund darin hat, wenigstens in den meisten Fällen, daß dieser befürchtet, der vom Beweisführer angetretene Beweis möchte Erfolg haben. Diese Furcht ist sicher nicht vorhanden, wenn nach der Kenntnis des Beweisgegners das vom Beweisführer angerufene Beweismittel keinen Erfolg haben würde. Aus der sich durch die Beweiserschwerung offenbarenden

---

[86]) Fitting und Betzinger a. a. O.

[87]) Hellwig S. 476; ROHG. 19 103; Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. 2 103.

[88]) Dagegen Görres, ZZP. 34 86 ff. (mit zutreffenden Gründen).

[89]) Hellwig a. a. O.; Heldmann, ZZP. 26 428; dagegen Pollak, ZZP. 33 245 ff.; ROHG. 21 262.

[90]) Pollack a. a. O.

Furcht ist daher ein Schluß auf den Erfolg der Beweisführung gestattet.[91])

Der Grundsatz, daß bei Beweiserschwerung durch den Gegner die Beweisführung durch den Beweisbelasteten als gelungen anzusehen ist, gilt aber auch dann, wenn die Erschwerung der Beweisführung nicht auf die Furcht vor dem Erfolg der Beweisführung, sondern auf reine Schikane zurückzuführen ist. In diesem Falle versagt die Erklärung aus der Beweiswürdigung. Aus der Tatsache der schikanösen Entziehung eines Beweismittels ist noch nicht auf den Erfolg dieses Beweismittels zu schließen. Wenn in diesem Falle der Satz angewandt wird, so ist der Satz eine vom Richter für den Einzelfall geschaffene Beweislastregel.

Es kann hier im einzelnen auf diese Frage nicht eingegangen werden, da sie vom Thema abführt. Im dogmatischen Teil wird noch einmal darauf zurückgekommen werden.

3. Für den Begriff der tatsächlichen Vermutung ist nur von Bedeutung, daß der Grundsatz von der Beweiserschwerung nicht als Vermutung formuliert worden ist. Wir sehen dasselbe Bild wie bei der tatsächlichen Vermutung: Schluß von einer Tatsache auf eine andere schwer zu beweisende, wobei es offen steht, diesen Schluß durch Gegenbeweis zu entkräften. Letzteres ist für diesen Fall allseitig anerkannt. Demjenigen, der das Beweismittel entzogen hat, steht es jederzeit frei zu beweisen, daß tatsächlich das Beweismittel den behaupteten Erfolg nicht gehabt hätte. Trotzdem also die Struktur dieses Satzes dieselbe ist, wie die einer tatsächlichen Vermutung, wird er nicht als solche bezeichnet; wiederum ein Beweis dafür, daß Vermutung lediglich eine Formel ist.

§ 8.

1. Die bisher besprochenen tatsächlichen Vermutungen der ersten Gruppe haben dadurch besondere Bedeutung, daß sie, soweit sie überhaupt hier anerkannt sind, sich allgemein angewandt finden.

---

[91]) Auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung führen auch die folgenden den genannten Satz zurück: Gaupp-Stein, Komm. zu § 282; Leonhard S. 5, 212; Rosenberg S. 95; Pollak a. a. O.; Görres a. a. O.; SeuffArch. 53 Nr. 197; Skonietzki-Gelpke, Komm. Anm. 2 zu § 286.

Neben diesen in mehreren Entscheidungen und von der Theorie besprochenen und meistens anerkannten Vermutungen, finden sich aber auch Fälle des Indizienbeweises, die als Vermutungen bezeichnet werden, aber lediglich Einzelerscheinungen sind.

Hier sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden.

Oben[92]) wurde gesagt, die tatsächliche Vermutung verlange begriffsnotwendig eine über den einzelnen Anwendungsfall hinausgehende Allgemeingültigkeit.

Eine solche Allgemeingültigkeit kann schon aus einem einzigen typischen Fall erhellen. Daher ist eine solche nur vereinzelt anerkannte Vermutung eine wirkliche tatsächliche Vermutung.

Erhellt eine solche Allgemeingültigkeit nicht, so ist auch keine tatsächliche Vermutung vorhanden, sondern „Vermutung" ist nur ein anderer Name für Indizienbeweis.

2. Im folgenden sind Beispiele der einen wie der anderen Art zusammengestellt.

Der Beklagte[93]) wohnte bei seiner Mutter und verwaltete deren Vermögen allein. Er hat, so behauptet er, verschiedene Aufwendungen für seine Mutter gemacht, und zwar aus eigenem Vermögen. Mit diesen Ansprüchen rechnet er gegenüber seiner Mutter auf. Dem Beklagten wurde der Beweis für seine Behauptung aufgelegt, „weil sich aus jenem Verhältnis [Verwaltung des Vermögens der Mutter durch den Sohn] eine starke (tatsächliche) Vermutung dafür ergebe, daß er die fraglichen Zahlungen aus dem Vermögen der Mutter geleistet habe."

Man wird diese Vermutung als tatsächliche anerkennen können, allein die Voraussetzungen sind selten gegeben, daher ihre geringe Bedeutung.

Ein Beschluß des Kammergerichts ist in diesem Zusammenhange interessant.[94])

Aus Anlaß einer Beschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen einen Ehemann entschied das Kammergericht: Die Beschwerde des Schuldners sei unbegründet. Wie nach bisherigem Rechte, so sei auch nach dem BGB. der Mann Haushaltungsvorstand (§ 1354 BGB.). „Hieraus, und weil die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind, insbesondere auch

---

[92]) § 2, 1.

[93]) BolzePr. 1 Nr. 1753: Der Tatbestand ist nur schwer zu erkennen.

[94]) OLG. 2 221 (KG.).

Wohnsitz, Wohnort und Wohnung teilen (§§ 10, 1353, 1354 BGB.), folgt — abgesehen von der gesetzlichen, zugunsten der Gläubiger des Mannes bestehenden, Vermutung des § 1362 — zweifellos die tatsächliche Vermutung, daß alle innerhalb der häuslichen Gemeinschaft befindlichen Gegenstände, mit Ausnahme der zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten, im Besitze des Mannes sich befinden."

Diese Vermutung ist zutreffend. Nur scheint die Begründung besser auf § 1373 (Recht des Mannes zum Besitze eingebrachter Sachen) und die ähnlichen Paragraphen des BGB. gestützt werden zu können und auf den Erfahrungssatz, daß ein Mann in den meisten Fällen ein solches Besitzrecht nicht unausgeübt lassen wird.[95])

Von der anderen Art sind die folgenden als Vermutungen bezeichneten Fälle des Indizienbeweises.

Der Reichsfiskus[96]) verklagte einen Postschaffner auf Rückzahlung unterschlagener Gelder. Der Fiskus berief sich auf die Tatsache, daß der Beklagte in dem unter obwaltenden Umständen verdächtigen Besitz eines dem abhanden gekommenenen Gelde nahezu gleichen Vermögens war, und leitete daraus eine Vermutung für seine Klagebehauptung her. Das RG. entschied, daß das Gericht seine Ueberzeugung auf diese nicht widerlegte Vermutung habe stützen können.

Hier kann in „Vermutung" kaum mehr gesehen werden als eine andere Bezeichnung für Indizienbeweis.

Ebenso ist die Vermutung zu beurteilen, daß eine zur Zeit der Ankunft mangelhafte Ware schon bei der Absendung mangelhaft gewesen sei.[97])

§ 9.

1. Bei der zweiten Gruppe tatsächlicher Vermutungen handelt es sich um solche, die an Stelle eines unmöglichen unmittelbaren Beweises treten.

Es sind vornehmlich innere, psychologische Tatsachen und sogenannte negative Tatsachen, die auf dem Wege des Induktionsschlusses zur Ueberzeugung gebracht werden müssen, da

---

[95]) So schon SeuffArch. 1 Nr. 243 (praes. facti dafür, daß der Mann Paraphernalien allein in Besitz nimmt); Opet-Blunce, Das Familienrecht (1906), Anm. 3 zu § 1373; a. A. Staudinger, Anm. 6 zu § 1373.

[96]) BolzePr. 7 Nr. 1057.

[97]) SeuffArch. 27 16.

sie unmittelbar nicht wahrgenommen, folglich nicht bewiesen werden können.

Negativen lassen sich immer nur so beweisen, daß dargetan wird, eine der Negative entgegenstehende Tatsache sei nicht anzunehmen.

2. Als solche Vermutung für eine Negative wird vielfach angesehen[98]) die Fortdauervermutung, indem man in dem Eintritt der Aenderung die positive Tatsache erblickt, deren Nichtvorhandensein zu beweisen ist.

In der Theorie wird die Anerkennung einer Fortdauervermutung besonders vertreten von Fitting und Betzinger.[99]) Der eine begründet sie aus der Natur der Sache, der andere mit dem Satz vom zureichenden Grund.[99a]) Daß eine Vermutung für das Fortbestehen irgendeines Tatbestandes, wenn er nur irgendwann einmal als bestehend nachgewiesen worden ist, in dieser Allgemeinheit nicht haltbar ist, ist schon mehrfach nachgewiesen worden.[100])

Es bedarf hier lediglich einiger ergänzender Bemerkungen. Nirgends so wenig als gerade in bezug auf das Fortbestehen eines bestimmten Zustandes läßt sich eine tatsächliche Vermutung mit Anspruch auf Allgemeingültigkeit aufstellen. Gerade das Umgekehrte läßt sich eher vermuten, die Aenderung. Der Heraklitsche Satz, daß alles im Fluß sei, gilt heute wie ehemals.

3. Aus einigen Beispielen geht dies deutlich hervor:

a) Wie überhaupt die gemeinrechtliche Praxis, trotz mancher abweichender Entscheidungen, im allgemeinen die Fortdauervermutung abgelehnt hat,[101]) so insbesondere die für die Fortdauer des Lebens.[102]) Die Begründung ist die, daß das Leben

---

[98]) So Fitting, ZZP. 13 17 ff.; ferner die bei Leonhard S. 66 ff. Zitierten: Schneider, Kori, Rizy, Martinius.

[99]) A. a. O. S. 55 ff.

[99a]) Beide Gründe sind zu vage, um praktische Ergebnisse zu liefern.

[100]) Wach, ZZP. 29 384 ff.; ihm schließen sich an: Hedemann § 30; Leonhard S. 66 ff.

[101]) SeuffArch. 18 281; 42 214; BolzePr. 4 1229; a. A. SeuffArch. 1 288.

[102]) SeuffArch. 15 200 (mit Nachweisungen); 31 307; 32 328 (die hessische Praxis erkennt die Lebensvermutung an); 33 190; 35 177; 40 92; 44 162; 43 2; 45 236; BolzePr. 4 1232. Die Glossatoren hatten eine Lebensvermutung aufgestellt, die neuere Praxis aber lehnte diese Vermutung ab (Dernburg, Pandekten 5. Aufl. 1 § 51).

ein tatsächlicher Zustand sei, ein solcher werde aber nicht ohne weiteres als fortbestehend vermutet.

Trotzdem die gemeinrechtliche Praxis die Lebensvermutung ablehnte, hat sie das BGB. § 19 als Rechtsvermutung aufgestellt.

Indessen ist diese Lebensvermutung zu erklären aus dem Bestreben, den aus den Todesvermutungen sich ergebenden Todestag sowohl für den Beweis des Todes wie den des Lebens als maßgebend hinzustellen. Es ist also nicht ein Erfahrungssatz über die durchschnittliche Dauer des Lebens, auf den sich die Vermutung des § 19 BGB. gründet, sondern gesetzgeberische Zweckmäßigkeitsgründe haben die Aufstellung dieser Vermutung veranlaßt.

Es ist diese Vermutung des § 19 BGB. ein Beispiel dafür, daß nicht alle Rechtsvermutungen aus tatsächlichen entspringen.

b) Für die Fortdauer gewisser Eigenschaften, tatsächlicher oder rechtlicher, kann unter Umständen eine Vermutung sprechen. Allgemeine Vermutungen der Art, die sich als wirklich tatsächliche darstellen, lassen sich kaum finden.

Es ist im Verkehr sehr lästig, von einem Bevollmächtigten, der als Vertreter eines Dritten handelt, für jeden einzelnen Fall der Ausübung seiner Vertretungsmacht den Nachweis derselben zu verlangen. Dies gilt auch für den Grundbuchverkehr. Da hilft mitunter die Vermutung von der Fortdauer der Vertretungsmacht.

Es ist eine Streitfrage, ob gemäß § 172 BGB. ein Vertreter in jedem einzelnen Falle, in dem er als Vertreter auftritt, seine Vollmachtsurkunde vorlegen muß, oder ob er sich bei späteren Fällen auf die frühere Vorlegung berufen kann. Die herrschende Meinung[103]) nimmt im Anschluß an die Motive (1 239) an, daß das letztere zulässig ist. Der eigentliche Grund dafür ist, daß man die Fortdauer der Vertretungsmacht vermuten kann, und nur insoweit ist der Dritte geschützt, als im konkreten Falle die Vermutung Anwendung findet. Die Grundsätze der Beurteilung führt eine ältere Entscheidung des RG.[104]) auf, die aber so allgemeiner Natur sind, daß sie auch heute noch gelten.

---

[103]) Staudinger, Anm. 5 zu § 172; Oertmann, Allgem. Teil (08) Anm. 1 c β zu § 172; Düringer-Hachenburg, HGB. 1 (1908) 356; a. A. Hupka, Vollmacht (1900) S. 171 und 427 aus Gründen de lege ferenda.

[104]) RG. 12 11.

Ein zum Handelsbevollmächtigter Bestellter gelte nicht ohne weiteres als solcher fort, bis etwa dem dritten Kontrahenten gegenüber ein Widerruf der Vollmacht geltend gemacht werde. „. . . vielmehr kann selbstverständlich nicht nur die Vollmacht sich als eine zeitlich beschränkte darstellen, sondern es können auch hinterher solche Umstände eintreten, daß es dem dritten Kontrahenten an einem vernünftigen Grund fehlen würde, ohne weiteres die Fortdauer des Vollmachtverhältnisses anzunehmen. Andererseits darf der dritte Kontrahent, wenn, wie hier, die Handlungsvollmacht nach den ihm gemachten Willenserklärungen ihm als eine auf unbestimmte Zeit erscheinen mußte, und sodann der Prinzipal durch den Handlungsbevollmächtigten mit ihm in fortgesetzter Geschäftsverbindung geblieben ist, bis auf weiteres von der Fortdauer der Handlungsvollmacht ausgehen."

Im Grundbuchverkehr ist es nach richtiger Ansicht[105]) gestattet, daß der Grundbuchrichter ein ihm nachgewiesenes Vollmachtsverhältnis als fortbestehend annimmt, sofern ihm nicht Tatsachen bekannt sind, die dieser Annahme entgegenstehen. Eine solche Tatsache kann z. B. schon der Ablauf einer gewissen Zeit seit Vorlage der Vollmachtsurkunde sein. Bei dem bekannten Prokuristen eines großen industriellen oder kaufmännischen Unternehmens wird ein anderer Maßstab anzulegen sein als beim Geschäftsführer einer G. m. b. H., die alle paar Jahre nur ein Geschäft auf dem Grundbuchamt zu erledigen hat. Es ist eben Sache der Prüfung des einzelnen Falles, ob die Vermutung der Fortdauer der Vertretungsbefugnis sich rechtfertigt.[106])

c) Durch die §§ 843, 844 BGB. wird der Beweiswürdigung der Gerichte eine schwierige Aufgabe gestellt. Es soll die mutmaßliche Dauer der Erwerbsfähigkeit eines Verletzten oder die mutmaßliche Lebensdauer eines Getöteten festgestellt werden. Das Gericht muß von vornherein

---

[105]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht (1909) 2 604; KGJ. 33 A 151 (mit Nachweisungen).

[106]) Aehnlich ist zu beurteilen die Frage, ob einer Kaufmannseigenschaft hat. ROHG. 17 170: „eine rechtliche Vermutung dafür, daß derjenige, welcher einmal Kaufmann geworden ist, dieses auch geblieben sei, besteht nicht, denn die Kaufmannseigenschaft beruht lediglich in der Tatsache, daß jemand in eigenem Namen Handelsgeschäfte treibt". Aus dem Zusammenhang ist auch die Ablehnung einer tatsächlichen Vermutung dieser Art zu entnehmen.

die zukünftige Gestaltung berücksichtigen, darf nicht im Hinblick auf die Möglichkeit einer Klage auf Abänderung (§ 323 ZPO.) eine solche Würdigung unterlassen. Es sind sehr viele Entscheidungen zu diesen Paragraphen ergangen.[107]) Die Entscheidungen vermeiden es, irgendwelche allgemeine Grundsätze zu geben, worauf sich eine bestimmt gestaltete Fortdauervermutung stützen könnte. Natürlicherweise, denn die konkreten Lebensverhältnisse sind zu verschieden je nach Lebensstellung, Alter, Gesundheitsverhältnissen. Eine allgemeine Regel läßt sich vielleicht im folgenden erblicken.[108]) „Es wäre durch die allgemeine Lebenserfahrung wohl die Vermutung begründet, daß der Kl. nach Vollendung des 65. oder 70. Lebensjahres auch ohne Unfall nicht mehr radfahren, nicht mehr mit gleicher Leichtigkeit wie früher Kunden aufsuchen, nicht mehr beim Fortschaffen schwerer Lasten persönlich mithelfen könnte.“ Mit aller Vorsicht und unter steter Berücksichtigung des Einzelfalles würde danach das 65. oder 70. Lebensjahr als die Grenze voller Leistungsfähigkeit anzusehen sein. Eine tatsächliche Vermutung in dieser Richtung mit dem Streben, allgemeine Geltung zu beanspruchen, muß aber abgelehnt werden, da sie eben in vielen Fällen eine Geltung nicht beanspruchen kann. Der einzig sichere Satz für die Feststellung der Dauer der Leistungsfähigkeit ist nur der negative, eine Vermutung für Fortdauer der Erwerbsfähigkeit bis in das höchste Greisenalter besteht nicht. Damit ist natürlich nicht viel gewonnen.

d) Als unus casus sei hier vermerkt, daß das Reichsgericht[109]) die Vermutung für Fortdauer des einmal begründeten bittweisen Verhältnisses (Prekarium) bis zum Beweise des Gegenteils entsprechend früherer Praxis anerkannt hat.

Diese Beispiele erhellen zur Genüge, daß bei der Verschiedenartigkeit der Verhältnisse eine Fortdauervermutung nicht anerkannt werden kann.

4. Gewöhnlich wird nun unterschieden, die Vermutung für Fortdauer rechtlicher Verhältnisse solle zulässig, die Vermutung für Fortdauer tatsächlicher Verhältnisse solle unzulässig sein.[110]) Dies ist zwar richtig, allein es ist m. E. ein

---

[107]) Zusammenstellung bei Neumann, RGZ. 1. und 2. Folge zu §§ 843, 844, namentlich Anmerkungen.

[108]) RG. in SeuffBl. **10** 357.

[109]) JW. **02** 318 [36].

[110]) So die herrschende Lehre, nachgewiesen bei Hedemann § 30.

schiefer Ausdruck, von einer Vermutung für Fortdauer rechtlicher Verhältnisse zu reden. Es ist ein Rechtssatz des Gewohnheitsrechts[111]) über die Verteilung der Beweislast, der sich in dieser sog. Vermutung birgt.

Von einer Vermutung kann man nur sprechen, wenn man einen Schluß zieht von einer Tatsache auf eine wahrscheinlich vorhandene andere Tatsache. Es ist abgelehnt worden, eine solche Vermutung aufzustellen für Einzeltatsachen. Warum diese Vermutung gelten soll für rechtliche Verhältnisse, also für ganze Tatsachenkomplexe, das ist nicht einzusehen.

Es ist allgemein anerkannt, daß der aus Darlehen Klagende nur die Entstehung des Darlehensschuldverhältnisses darzutun braucht, während der Bekl. die Zahlung behaupten und beweisen muß. Das hat aber nicht seinen Grund darin, daß die Fortdauer des Darlehensschuldverhältnisses vermutet wird, sondern weil ein positiver Rechtssatz des Gewohnheitsrechts besteht, daß der Kläger die Anspruch begründenden, der Bekl. die Anspruch aufhebenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen habe.[112])

5. Nach dem Obigen war es nicht festzustellen, daß es eine tatsächliche Vermutung für die Fortdauer gibt. Der Grund ist wohl darin zu suchen, daß die Ausgangstatsachen auch nicht annähernd genügend genau zu umschreiben sind und daß ein allgemeiner Erfahrungssatz für Bestehenbleiben einmal entstandener Verhältnisse sich allzuvi-le Ausnahmen gefallen lassen muß.

Wir gewinnen aus dieser Feststellung wieder einen Anhalt für Beurteilung des Wesens der tatsächlichen Vermutung. Nur wenn von einem klaren, leicht beweisbaren Tatbestand aus, der leicht in seiner Tragweite zu beurteilen ist, auf einen anderen Tatbestand geschlossen werden kann, ist dieser Schluß geeignet, die Grundlage einer tatsächlichen Vermutung zu bilden. Man sieht dies bestätigt bei den anerkannten tatsächlichen Vermutungen. Ueberall einfache Ausgangstatsachen (Indizien), eine äußerlich formgerechte, inhaltlich klare Urkunde, Schuldurkunde in Händen des Gläubigers, Wechsel im Rücklauf im Besitz eines Indossatars.

Ferner lehrt die obige Feststellung, daß die Anerkennung einer tatsächlichen Vermutung allein abhängt von der Anerkennung des sie stützenden Erfahrungssatzes.

---

111) So richtig Hedemann S. 160.

112) Ebenso Hellwig, System 1 473; vgl. Düringer-Hachenburg, KommHGB. (1910) 2 283, 297 Nr. 10.

§ 10.

Aehnliche Verhältnisse wie bei der sog. Fortdauervermutung finden sich bei dem Beweis des Kausalzusammenhanges. Es kommt alles auf die Würdigung des Einzelfalles an. Der Kausalzusammenhang ist eine gedachte Beziehung von Tatsachen, z. B. von schädigendem Ereignis und Schaden, dem Hauptfalle, wo die Frage des Kausalzusammenhanges eine Rolle spielt.

1. Beweispflichtig für das Vorhandensein des Kausalzusammenhanges ist derjenige, der Schadensersatz fordert. Dies ist unbestritten.[113])[114]) Eine prozessuale Besonderheit hat der Beweis des Kausalzusammenhangs[115]) insofern, als hinsichtlich dieses Beweises der Richter noch freier gestellt ist, als er es gemäß § 286 ZPO. wäre (§ 287 ZPO.). Die Besonderheit des § 287 erhellt aus dem Gegensatze der Worte „unter Würdigung aller Umstände" zu den Worten des § 286 „unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme". Auch wenn die Verhandlung und eine Beweisaufnahme gemäß § 286 zu einem non liquet führen würden, also kein Ergebnis hätten, so ist es dem Richter trotzdem gemäß § 287 gestattet, sich eine Ueberzeugung zu bilden und er braucht dafür nicht einmal Gründe anzugeben.[116])

Diese ungemein freie Stellung des Richters hinsichtlich des Beweises des Kausalzusammenhanges kann kein Hindernis sein für die Bildung tatsächlicher Vermutungen auf diesem Gebiete, im Gegenteil.

---

[113]) Staudinger, Komm. 7/8. Aufl. Anm. II, D, e zu § 823 S. 1712.

[114]) Die französische Theorie und Praxis entscheidet hinsichtlich des Beweises bei einer action en indemnité ebenso, z. B. Th. Huc, Comm. d. Code civ. 8 (1895) 560 Nr. 424: Le demandeur doit prouver l'existence d'un fait dommageable dans le sens des art. 1382 et 1383 . . . et par conséquent qu'il y a eu tout au moins faute, soit par négligence, soit (sogar) par imprudence. Il doit établir aussi le montant et la qualité du dommage souffert. Uebrigens hat die franz. Jurisprudenz sich den Streit um die Kausalitätstheorie erspart. Sie trennt nicht die Schuld vom Kausalzusammenhang. So z. B. Baudry-Lacantinerie, Des Obligations, Traité de Droit C. III (1908) Ch. II. Elemente des délit ou quasi-délit sind: 1. fait illicite, 2. imputabilité, 3. dommage.

[115]) § 287 ZPO. gilt auch für den Beweis des Kausalzusammenhangs. Dies ist in dauernd gleichförmiger Rechtsprechg. festgestellt. Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. (1911) Anm. II, 3 zu § 287.

[116]) So zutreffend Stein, Komm. (1911) Anm. III, 2 zu § 287 gegen die herrschende Meinung.

Es sind aber mit einer speziellen Ausnahme tatsächliche Vermutungen nicht anerkannt oder üblich.[117])

Daß gesetzliche Vermutungen nicht aufgestellt sind, ist zweifellos.[118])

Aber auch tatsächliche Vermutungen dieser Art sind nicht anerkannt. Dies ergibt sich aus der folgenden Zusammenstellung hierhergehöriger Entscheidungen.

2. a) Der Kausalzusammenhang wird wichtig bei der Feststellung, ob eine Willenserklärung durch eine Täuschung veranlaßt worden ist.[119])

b) Ferner kommt die Frage häufig zur Entscheidung bei Klagen auf Zahlung des Mäklerlohns.[120]) Es scheint als ob hier eine tatsächliche Vermutung aufgestellt werden soll, allein diese Bezeichnung findet sich nicht. Die Praxis ist auch nicht ganz sicher.

RG. führt aus bei GruchotsBeitr.[121]) 47 929 ((III., 30. IX. 02) hinsichtlich der Beweisführung des klagenden Maklers „steht fest, daß die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags, wie ihn der Auftraggeber zu schließen beabsichtigte, diesem durch den Mäkler wirklich mitgeteilt worden ist, und kommt andererseits ein solcher Vertrag nachher zustande, so ergibt sich beim Mangel sonstiger für die Frage des ursächlichen Zusammenhanges erheblicher Umstände von selbst der Schluß, daß der Vertragsabschluß auf den Nachweis mindestens als eine seiner Ursachen zurückzuführen ist. Mehr ist aber zur Annahme eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen zwei Tat-

---

[117]) Staudinger, Komm. 7/8. Aufl. a. a. O. „Vermutungen für das Vorliegen des Kausalzusammenhangs bestehen nicht."

[118]) JW. 04 408: „Die Freiheit des Ermessens in der Annahme des Kausalzusammenhangs begründet aber auch nach der anderen Seite keinen Vermutungszwang für die Annahme desselben", SeuffArch. 60 Nr. 243: „Auch das BGB. stellt Vermutungen hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen einer schuldhaften Handlung oder Unterlassung und einem entstandenen Schaden nicht auf (OLG. Hamburg), dort auch weitere Nachwsg.). Ebenso OLG. Karlsruhe, BadRPrax. 05 13. Ueber den Kausalzusammenhang Bestimmungen zu treffen, hat das BGB. absichtlich unterlassen, weil darüber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden werden sollte. Motive 2 769.

[119]) Zusammenstellung bei Neumann, Rechtsprechg. d. RG. 2. Folge 1 129 Anm. 3 zu § 123. Tatsächliche Verm. sind nicht aufgestellt.

[120]) Neumann a. a. O. 1. Folge 1 930 Anm. 7 b zu § 652 und 2. Folge 1 Anm. 7 zu § 652.

[121]) Entsch. c. bei Neumann 1. Folge zu § 652.

sachen nicht zu fordern."[122]) Das RG. billigt auch die Folge dieser Auffassung. „Diese Auffassung hat dann nämlich allerdings zur Folge, daß gegenüber dem dem Mäkler nur obliegenden Beweise der Auftragserteilung und des Zustandekommens des beabsichtigten Vertrags dem anderen Teile nur der Gegenbeweis frei bleibt, daß eine andere Tatsache als der Nachweis des Mäklers für den Vertragsschluß ursächlich gewesen sei."[123])

Man wird dieser Entscheidung jedoch keine allgemeine Bedeutung beimessen dürfen,[124]) denn es wird da einfach das post hoc an Stelle des propter hoc gesetzt, ein Verfahren, das allgemein nicht anwendbar ist.[125])

c) Zahlreich sind die Entscheidungen, die ergangen sind in Fällen von Schadensersatzansprüchen.[126])

Die Entscheidungen betonen vor allem mehr oder minder ausdrücklich die freie Stellung des Richters bei Würdigung des Kausalzusammenhanges. „Allerdings muß es, wie das RG. in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen hat, damit den Erfordernissen des praktischen Lebens genügt werde, bei den Schranken menschlicher Erkenntnis ausreichen, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang von Krankheitserscheinungen mit einem Unfalle besteht. Eine mathematische Gewißheit kann nicht verlangt werden."[127])

Dieser Grundsatz erleichtert die Beweisführung bei Schadensprozessen. Dem gleichen Ziele praktischer Rechtssprechung dient die Anerkennung der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs durch die Zivilsenate des Reichsgerichts.[128])

---

[122]) a. a. O. sind weitere Entscheidungen angeführt.

[123]) Ebenso DJZ. **03** 31; a. A. RG. BolzePr. **11** 741 (Rechtssatz [!], daß bei Feststehen der Bemühungen des Mäklers und Vertragsschluß Kausalzusammenhang zu vermuten sei, bestehe nicht).

[124]) Dies tut Staubs Komm. (1912) Exk. vor § 93 S. 446.

[125]) Aehnlich Staudinger, Komm. 7/8. Aufl. Anm. 5 zu § 652 S. 1235.

[126]) Zusammenstellung bei Betzinger, Beweislast, Anhang „Entscheidungen z. Bewl." (1904) Nr. 67 bis 107.; ferner Neumann a. a. O. 1. Folge Entsch. a zu § 249 Anm. 3 zu § 249; Vorbem. 7 zu § 823; § 823 a, Anm. 4 § 823; Anm. 3 § 836 2. Folge, Anm. 9 a § 276; Vorbem. 7 § 823; Anm. 3 a, b § 823; Anm. 1 § 836; § 839; Anm. 3 § 249.

[127]) JW. **08** 196 [10] (mit weiteren Nachweisungen).

[128]) JW. **11** 579 [17]: „Das Berufungsgericht betrachtet den ursächlichen Zusammenhang vom Standpunkte der Lehre von der sog. adäquaten Verursachung. Dies entspricht der herrschenden Meinung in der Wissenschaft und auch der Rechtsprechung des RG. (folgen Nachweisungen)".

Wenn nun auch im allgemeinen keine tatsächlichen Vermutungen aufgestellt werden, ja diese Bezeichnung vermieden ist, so läßt sich doch ein Grundsatz erkennen, der durchaus anzuerkennen ist und sich hätte ebensowohl als tatsächliche Vermutung formulieren lassen.

Schon das Allgemeine preußische Landrecht[129]) hatte den Satz, daß derjenige, welcher in Ausübung unerlaubter Handlung sich befand, oder der ein auf Schadensverhütung abzielendes Gesetz übertreten hat, die Vermutung gegen sich hat, daß sein schuldhaftes oder unerlaubtes Tun den Schaden verursacht hat.

Dieser Satz, wenn auch seiner rechtlichen Kraft entkleidet, darf auch heute noch als Erfahrungssatz angewandt werden.

Als Rechtsvermutung besteht er allerdings nicht mehr, denn das BGB. hat eine Vermutung wie das ALR. nicht aufgestellt. Dies betont das RG. mehrfach.[130]) Mehr bedeutet aber diese Ablehnung des Satzes als Rechtsvermutung nicht. Als tatsächliche kann der Satz bestehen und wird auch angewandt. Es ergibt sich dies aus den folgenden Beispielen:

Ein Arbeiter des Beklagten kam in ein unverkleidetes Göpelwerk beim Beaufsichtigen der Pferde, die das Werk in Gang setzten. Das RG. sagt in der Entscheidung:[131]) „Wenn nun auch im allgemeinen zuzugeben ist, daß jeder, der aus dem Verschulden eines anderen einen Anspruch auf Schadensersatz ableitet, darzutun hat, daß der Schaden, den er ersetzt verlangt, auch wirklich die Folge jener Verschuldung sei, so ist doch dieser Kausalzusammenhang bei Verletzungen durch Maschinen, welche die zur Sicherheit der an denselben beschäf-

---

[129]) ALR. §§ 24, 25, 26 I, 6:

§ 24: Daß Jemand durch die Schuld eines Anderen beschädigt worden, wird nicht vermutet.

§ 25: Wer aber in der Ausübung einer unerlaubten Handlung sich befunden hat, der hat die Vermutung wider sich, daß ein bei solcher Gelegenheit entstandener Schaden durch seine Schuld sei verursacht worden.

§ 26: Insonderheit muß der, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ... haften, ...

[130]) Bei Neumann 1. Folge 1 a. a. O. S. 346 Anm. 3 zu § 249; GruchotsBeitr. 48 920 ff.; JW. 04 408; OLG. 2 483; SeuffArch. 60 466; JW. 02 Beil. S. 212 Nr. 54. Staudinger, Komm. 7/8. Aufl. S. 1719 Anm. III D zu § 823.

[131]) SeuffArch. 46 Nr. 255 (1891).

tigten Arbeiter erforderlichen Schutzvorrichtungen nicht besitzen, regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Arbeiter bei der ihm aufgetragenen Arbeit an dieser Maschine verunglückt und, wie der Ber.-R. mit Recht beifügt, nach dem normalen Verlauf der Dinge angenommen werden muß, daß die Nichtherstellung der gebotenen Einrichtung für den Unfall kausal geworden sei, ohne daß . . . . der Verlauf des ganzen Vorganges in allen seinen Einzelheiten nachgewiesen werde."

Bekannt ist die Entscheidung (RG. 10 141 ff.), auf die die obige sich bezieht. Eine Pulverfabrik flog in die Luft. Mehrere Unvorsichtigkeiten, Nichtbeachtung von üblichen und vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln waren der Fabrikleitung nachzuweisen. In der Entscheidung heißt es, der Kausalzusammenhang zwischen der Explosion und dem angerichteten Schaden sei zwar klar, die Ursache der Explosion aber sei wie regelmäßig unaufgeklärt. Man müßte den Beweis, daß Unvorsichtigkeiten der Fabrikleitung vorgekommen seien, als genügend ansehen. „Es würde nicht gerechtfertigt erscheinen können, wenn derjenige, welchen der Vorwurf trifft, durch Vernachlässigung der notwendigen Vorsichtsmaßregeln die Entstehung ermöglicht und erleichtert zu haben, sich der Verantwortlichkeit für den durch Eintritt einer solchen Katastrophe entstandenen Schaden durch das Verlangen entziehen könnte, daß ihm durch den regelmäßig nicht zu erbringenden Beweis der nächsten Ursache der Explosion der Kausalzusammenhang mit seiner Schuld nachgewiesen werde." Der Verantwortlichkeit für die große Gefahr, die mit den Unvorsichtigkeiten bei der Pulvererzeugung verbunden sei, entspräche es, bis zum Beweis des Gegenteiles anzunehmen, daß Verschulden und Explosion in ursächlichem Zusammenhange stehen.

Die Entscheidung ist offenbar richtig, allein unseren Grundsatz bringt sie nicht klar zum Ausdruck. Vielmehr treten Billigkeitserwägungen in den Vordergrund, die dann auch dazu führen, nicht eine Erleichterung der Beweislast zu bewirken, sondern eine Umkehrung. Richtig verstanden sagt die Entscheidung, die Beweislast treffe in vorliegendem Falle aus Gründen der Billigkeit den Bekl., obgleich sie regelmäßig der Kl. habe. Diese Begründung ist unrichtig. Vielmehr bewirkt unser oben angeführter Grundsatz, daß bei freier Beweiswürdigung der Richter den Beweis vom Kl. als geführt ansehen kann.

Diese unklare Begründung führte denselben Zivilsenat (III) dazu, seine obigen Entscheidungsgrundsätze teilweise auf-

zugeben.[132]) Es handelte sich um den Brand einer fiskalischen Fichtenschonung. Bewiesen war, daß kurz vor dem Brand der Bekl. mit brennender Zigarre in der Schonung war. Trotzdem war der Kausalzusammenhang zwischen dem Tun des Bekl. und dem Brand verneint worden. RG. bestätigte dieses Erkenntnis des Vorderrichters. An der oben angeführten Entscheidung des Senates könne insoweit nicht festgehalten werden als eine Verschiebung der Beweislast angenommen sei. Vielmehr müsse der Kl. nachweisen, daß außer der schuldhaften Handlung eine andere Ursache ausgeschlossen sei. Das RG. fügt aber bei und damit ist unser Grundsatz wiederum seinem Wesen nach anerkannt. „Zum Beweise des Ausgeschlossenseins einer anderweiten Verursachung ist nur erforderlich, daß ein zu unterstellendes Eingreifen unbestimmter fremder Faktoren außerhalb einer jeden Erfahrung liegen würde."[132a]) Zustimmend zu dieser Entscheidung, namentlich zur Reprobierung jenes Satzes von der Umkehr der Beweislast, äußert sich OLG. Hamburg bei SeuffArch. 60 Nr. 243. Es betont aber ebenfalls, daß das Gericht die Ueberzeugung von dem Zusammenhange zwischen Verschulden und Schaden schon dann gewinnen könne, „wenn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens für das Bestehen eines solchen Zusammenhanges die Wahrscheinlichkeit in hohem Grade spricht und das Gericht mit dem Eintritt ungewöhnlicher Ereignisse rechnen müßte, wenn es den Zusammenhang zwischen der Tatsache des Verschuldens und der Tatsache der Schadensentstehung nicht annehmen wollte."[133])

In einer Entscheidung vom 15. Februar 1899[134]) führt das Obst. LG. in Bayern das Folgende aus: Der Kläger verlangte vom Eisenbahnfiskus Schadensersatz, weil von der Lokomotive des kurz vor Ausbruch des Brandes vorbeigefahrenen Eisenbahnzuges Funken in die Scheune geflogen seien und den Brand verursacht

---

[132]) RG. 29 140.

[132a]) RG. 8 167 erkennt im Grunde genommen den Grundsatz ebenfalls an. Ein Schiffer, der Benzin geladen hatte, hatte versäumt, die nötigen Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen. Das OLG. hatte den Rechtssatz aufgestellt, bei feststehender culpa einer Partei habe diese zu beweisen, daß die culpa sine effectu gewesen sei. Dieser Rechtssatz wurde reprobiert. Dagegen wäre die Entscheidung, die den Zusammenhang zwischen Verhalten des Schiffers und Benzinexplosion anerkannte, gebilligt worden, wenn sie nicht auf jenen Rechtssatz gestützt worden wäre.

[133]) SeuffArch. 60 467.

[134]) SeuffArch. 54 Nr. 140.

hätten. Das Vordergericht erachtete den Beweis des kausalen Zusammenhangs nicht für erbracht. Das Revisionsgericht sagt: „Hieraus (aus § 259 a. ZPO.) folgt, daß einerseits kein Nachweis tatsächlicher Evidenz gefordert werden darf, vielmehr u. U. auch hohe Wahrscheinlichkeit als ausreichend zu erachten ist, andererseits aber, daß ganz entfernte Möglichkeiten außer Ansatz zu lassen sind.“ Die Vorinstanz sei sich dieser Verpflichtung bei Würdigung des Prozeßstoffs nicht bewußt gewesen. „Unrichtig ist der oben bezeichneten Tragweite des richterlichen Ermessens gegenüber, daß Kl. entweder die Entstehung (des Brandes) durch Funken oder die Unmöglichkeit einer andern Entstehungsursache zu beweisen habe, daß die Klagbehauptung nur richtig sein würde, wenn eine andere Ursache nicht denkbar wäre.“

Diese Entscheidung betont, bei vorhandenem gefährlichem Tun ist der Schaden, der gewöhnlich mit diesem Tun verknüpft ist und im einzelnen Falle tatsächlich eingetreten ist, vorläufig als von dem Tun verursacht anzusehen, wenn nicht eine andere Ursache wahrscheinlicher ist.

In einem Falle[135]) handelte es sich um einen bei einem Eisenbahnunglück Verletzten. Der Sachverständige hatte sein Gutachten dahin abgegeben, daß der Kl. höchstwahrscheinlich an progressiver Paralyse leide. Ursache der Krankheit sei meist lues, sie könne aber auch durch heftige Gehirnerschütterungen hervorgerufen werden. Lues sei beim Kl. nicht nachweisbar. Wegen der Möglichkeit, daß die Krankheit der Paralyse durch lues entstanden sei, verneinte das Vordergericht den Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Paralyse. RG. hob auf, weil das Bedenken nicht zu unterdrücken sei, daß das Berufungsgericht seiner aus §§ 286, 287 ZPO. entspringenden Pflicht nach freier Ueberzeugung zu entscheiden sich nicht bewußt gewesen wäre.

Es wird entschieden, daß der vom Sachverständigen als unwahrscheinlich hingestellte Grund der Entstehung der Krankheit nicht dem wahrscheinlicheren, der Entstehung durch den Unfall, vorzuziehen sei. Die wenig wahrscheinliche Möglichkeit eines anderen ursächlichen Zusammenhanges solle nicht dem vom Kl. wahrscheinlich gemachten Zusammenhang entgegenstehen.

Ein Sturz in einen an gefährlicher Stelle einer Straße ziehenden, nicht durch Geländer geschützten Graben führte den Tod des Stürzenden herbei. In dem daran sich knüpfenden

---

[135]) JW. 08 197.

Schadensersatzprozeß entschied das RG.[136]) Wenn der gefährliche Zustand der Straße feststehe und das Vorkommen mehrerer Unfälle an derselben Stelle weiter feststehe, so sei eine Ursache für den Sturz des Getöteten nicht mehr nachzuweisen, vielmehr sei es Sache des für jenen gefährlichen Zustand verantwortlichen Bekl., darzutun, daß in Wirklichkeit, oder wenigstens mit gleicher Wahrscheinlichkeit eine andere Ursache tätig gewesen ist.

Aus den vorstehenden Anwendungsfällen läßt sich als Grundsatz etwa folgendes entnehmen: Wenn einerseits ein Schaden, andererseits ein Zustand oder ein Verhalten eines Menschen festgestellt ist, das im allgemeinen als gefährlich gilt und zur Herbeiführung des entstandenen Schadens geeignet ist, so wird der ursächliche Zusammenhang zwischen Zustand oder Verhalten und Schaden angenommen, wenn ein anderer ursächlicher Zusammenhang offenbar ungewöhnlich erscheint.[137])

Die allgemeine Gefährlichkeit wird zumeist daraus hervorgehen, daß der Zustand polizeiwidrig ist oder das Verhalten strafrechtlich oder zivilrechtlich schuldhaft ist.

Der Satz ist kein Rechtssatz und gilt nur, wie in den Entscheidungen mehrfach hervorgehoben ist, wenn ihn bei freier Beweiswürdigung der Richter im einzelnen Falle als gerechtfertigt ansieht.

Es ist in dem Satze keine Beweislastregel zu erblicken, sondern eine Beweiswürdigungsregel, die auf der Verkehrserfahrung beruht. Bei einem vorhandenen Tatbestand, der äußerlich und auf den ersten Anblick die Ursachenbeziehung mit einem Erfolg nahelegt, wird diese gedachte Beziehung als wirklich vorhanden angenommen. Es könnte also der Satz eine tatsächliche Vermutung genannt werden. Allein im selben Augenblick, wo dieser Beweiswürdigungssatz eine Vermutung genannt wird, muß man sich klar darüber werden, daß mit dieser Benennung nichts gewonnen wird. Das Wesen des Satzes wird nicht klarer, die Wirkungen nicht bestimmter.

Das Wesen des Satzes ist seine Bedeutung für die Beweiswürdigung und die Ableitung aus der allgemeinen Lebenserfah-

---

136) Recht 09 Nr. 3769.

137) Aehnlich Rümelin, ArchZivPrax. 90 294 in seiner Abhandlung über die Kausalbegriffe. Er stellt den allgemeinen Satz auf, „daß, wenn bei einem in seinem Hergange feststehenden Kausalverlauf das in bezug auf eine bestimmte Gefahr schuldhafte Verhalten bei Verwirklichung der Gefahr erwiesen ist, eine Präsumption für den Kausalzusammenhang spricht".

rung. Dies stellt ihn allerdings gleich mit den bisher besprochenen tatsächlichen Vermutungen.

3. Auf einem besonderen Rechtsgebiet, dem Seerecht, ist der genannte Beweiswürdigungssatz zu einer allgemein anerkannten gewohnheitsrechtlichen Rechtsvermutung geworden.

So sagt das RG. in JW. 04 408: „In der Rechtsprechung des ROHG. und des RG. ist bei Schiffskollisionsfällen wiederholt die rechtliche Vermutung angewendet worden, daß das Zuwiderhandeln gegen gesetzliche, zum Schutz bestimmter Interessen gegebene Vorschriften als kausal für die Entstehung eines Schadens, dessen Verhütung durch jene Vorschriften bezweckt wurde, anzusehen sei, und demgemäß angenommen worden, daß die Entschädigungsklage des Verletzten keiner weiteren Begründung bedürfe, als des Nachweises der erfolgten Beschädigung und des äußerlichen Zuwiderhandelns des Bekl. gegen die gesetzliche Vorschrift.[138])

Diese Regel gilt auch für das Binnenschiffahrtsrecht (SeuffArch. 53 Nr. 78).

Eine spätere Entscheidung[139]) leugnet allerdings die Eigenschaft dieser Regel als Rechtsvermutung. Dies berührt hier aber nicht weiter, denn auch diese Entscheidung spricht von „gewohnheitsrechtlich ausgebildeten Regeln über den prima facie-Beweis in Kollissionssachen", erkennt also jedenfalls die Regel als solche an.[140])

Die gleiche Entscheidung nun (JW. 04 408), die jenen Satz als gewohnheitsrechtlichen für das Seerecht zugibt, weist ihn zurück für das allgemeine bürgerliche Recht, jedoch, und das ist das wichtigste, nur als Rechtssatz. Das ist richtig, ein Rechtssatz ist unsere Kausalitätsvermutung nicht, sondern nur ein Erfahrungssatz. Aber ein solcher Erfahrungssatz darf zweifel-

---

[138]) Dortselbst weitere Nachweisungen aus der Rechtsprechung; vgl. Mittelstein, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht (1903) S. 392 Anm. III f.: „Eine ständige Rechtsprechung trägt den tatsächlichen Verhältnissen insofern Rechnung, als ein sog. prima facie-Beweis der Schuld genügt, d. h. der Nachweis, daß von dem anderen Schiff . . . dem äußeren Schein nach schuldhaft zuwidergehandelt ist". Mittelstein erklärt diese Regel für eine Beweislastregel; ferner erkennt Lewis, Komm. z. d. Seerecht v. Buch, HGB. die Regel an, Anm. 4 zu Art. 736.

[139]) RG. 69 434.

[140]) Ebenso auch BolzePr. 2 392; 6 1043; 12 227.

los zur Bildung der Ueberzeugung vom kausalen Zusammenhang zwischen dem Schaden und einem gefahrdrohenden Zustande oder einem solchen Verhalten eines Menschen benützt werden und seine Anwendung im Rechte der Schiffskollision als rechtlich anerkannter ist nur ein Beweis mehr für seine Richtigkeit.

§ 11.

Die im folgenden zu besprechende Vermutung gehört nicht eigentlich in diese Gruppe, immerhin aber mehr als in die erste. Es ist die sogenannte Vermutung für Legalität von Eintragungen in öffentliche Register, oder vielmehr die Vermutung dafür, daß der Richter bei solchen Eintragungen sorgfältig verfahre. Die Sorgfalt eines Richters ist nun ebensosehr eine äußerlich in Erscheinung tretende Tatsache, wie auch eine innere Eigenschaft. Da die genannte Vermutung sich weniger auf die Tatsache sorgfältigen Verfahrens im einzelnen Fall als auf jene Geistesqualität des Richters bezieht, ist sie in diesem Zusammenhange zu besprechen.

1. Die Vermutung ist allgemein anerkannt. Grundlegend ist die folgende Entscheidung.[141])

Die Kl. war eine im Handelsregister unter der Firma „Die Messinggewerkschaft" eingetragene offene Handelsgesellschaft. Sie klagte aus einem an ihre Order ausgestellten Wechsel der Beklagten. Das Berufungsgericht wies die Klage ab auf Grund der Erwägung, daß die Firma, unter der geklagt sei, eine unzulässige sei. Die Gesellschaft, die sich ihrer bediene, erscheine mangels einer dem Gesetz entsprechenden Firma nicht als offene Handelsgesellschaft und entbehre der Partei- wie Prozeßfähigkeit.

Das RG. trat der Anschauung des Berufungsgerichts entgegen. Die Frage, sagt es, ob eine unzulässige Firma im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht als Firma zu gelten habe, möge auf sich beruhen. „Hierauf kommt es nicht an, weil es nach der besonderen Lage der Dinge Sache der Bekl. gewesen wäre, nicht bloß die Zulässigkeit der Firma zu bestreiten, sondern ihre Unzulässigkeit zu behaupten und nachzuweisen." Das RG. sagt weiter: „Die Prüfung, ob die in diesen Fällen erforderlichen Voraussetzungen (die Voraussetzungen unter denen die Firma einer offenen Handelsgesellschaft in die Form einer reinen Sachfirma gekleidet sein kann) erfüllt sind, ist Aufgabe des Registerrichters. . . . . Freilich kommt der Eintragung in der Regel

[141]) RG. 41 20, insb. 22.

konstitutive Wirkung nicht zu. . . . . Eine unzulässige Firma wird also nicht zulässig, weil sie zum Handelsregister angemeldet und darin aufgenommen ist.... Liefert sie durch die Eintragung auch nicht den Beweis, daß die tatsächlichen Angaben, auf denen sie beruht, der Wahrheit entsprechen, so erzeugt sie doch die Vermutung, daß ihr Inhalt legal ist. Diese Vermutung kann zwar durch Gegenbeweis entkräftet werden; aber dessen Führung liegt demjenigen ob, der die Gesetzmäßigkeit des Registereintrages bestreitet."

Wenn auch das RG. die Vermutung der Legalität nicht ausdrücklich eine tatsächliche Vermutung nennt, so handelt es sich doch zweifellos um eine solche, da im Gesetze nirgendwo diese Vermutung eine rechtliche Anerkennung gefunden hat.[142])

Daß die Vermutung sich auf die Erfahrung des Verkehrs gründet, spricht das Kammergericht aus (OLG. 14 159): „Das Handelsregister soll im wesentlichen über Tatsachen, die im Handelsverkehr als rechtserheblich angesehen werden, Auskunft geben, und die allgemeine Verkehrsanschauung erblickt in der Registereintragung eine Gewähr für die Richtigkeit der durch das Register bekundeten Tatsachen." Das Kammergericht geht dann weiter, wie das Reichsgericht, indem es der Ansicht ist, „daß die Eintragung nicht nur eine Vermutung für ihre Legalität erzeugt, sondern sogar eine Vermutung, daß ihr Inhalt tatsächlich richtig ist". Das Kammergericht fügt bei: „Dieser Verkehrsanschauung über Zweck und Bedeutung der Registereintragung wird in der Wissenschaft wie in der Rechtsprechung Rechnung getragen."[143])

Man wird dieser Erfahrung des Verkehrs unbedenklich zustimmen können. Sie beruht auf der allgemeinen Ueberzeugung, daß die Richter ihre Amtsgeschäfte sorgfältig verrichten. Die Vermutung der Legalität der Eintragung wird man auch bei allen

---

[142]) Das Kammergericht nennt die Vermutung unter Bezugnahme auf die angeführte RGEntsch. eine „tatsächliche Vermutung". OLG. 9 248.

[143]) Der Ansicht des Kammergerichts folgt Staub, Anm. 16, Exkurs zu § 8 HGB. 9. Aufl. (1912). Staub stellt demnach eine Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen auf. Im Gegensatz dazu spricht sich Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. (1908) 1 Anm. 4 Vorbem. vor § 8 lediglich für eine Vermutung der Legalität aus, d. h., daß die Eintragung gesetzlich zulässig war. Ueber die sonstige Literatur vgl. Staub a. a. O. Für die stärkere Wirkung z. B. BadVGH., Behr, Rechtspr. dieses Gerichtshofes (1911) 3 49.

Ueber die Vermutung ferner Hedemann 207 Anm. 9.

ähnlichen Registern, wie das Handelsregister aufstellen können, also beim Vereinsregister, beim Genossenschafts- und Güterrechtsregister, Schiffsregister usf.[144])

Wenn nun aus diesem allgemeinen Erfahrungssatz, der Richter verfahre legal bei Eintragungen in öffentliche Register, eine Vermutung für die Legalität wird, so ist das nichts weiter als ein Name für den Erfahrungssatz, eine prägnante Formel.

2. Der Fall der als grundlegend bezeichneten Entscheidung ist nun allerdings ein seltener und deshalb nicht sehr geeignet dazu, allgemeine Schlüsse daraus zu ziehen. Indes die Vermutung knüpft sich einmal an diese Entscheidung.

Die Parteifähigkeit ist von Amts wegen zu prüfen und von der Partei, deren Parteifähigkeit in Zweifel steht, zu beweisen. Dazu gehört auch der Nachweis, daß die Firma unter der der Kläger klagte, rechtlich zulässig ist.[145]) Zum mindesten ist die Zulässigkeit einer Firma einer offenen Handelsgesellschaft, die gar nicht anders im Rechtsverkehr auftreten kann als unter ihrer Firma und nach richtiger Ansicht keine juristische Person ist, dann nachzuweisen, wenn diese Firma von der Gegenpartei als unrichtig und unzulässig bezeichnet wird. Die Klageschrift muß nach § 253[1] ZPO. die „Bezeichnung der Parteien" enthalten und die muß, wenn bei irgendeiner Partei, so sicher bei einer off. HG. richtig sein.

Im vorliegenden Falle also hätte die Kl. nachzuweisen gehabt, daß sie eine zulässige Firma führe.[146]) Diese Beweisführung hat das RG. erheblich erleichtert, indem es sagt, es besteht der all-

[144]) Vgl. SeuffArch. 8 122 (Verm. f. d. Legalität aller gerichtl. Handlungen); SeuffA. **16** 113 (Verm. f. Leg. der Handlungen öffentlicher Beamten überhaupt); **19** 68 (Verm. für legale Handlungsweise sogar ausländ. Beamten); **26** 87 (Verm. für Legalität der causae cognitio eines Vormundschaftsrichters).

[145]) Wie der Richter überhaupt von Amts wegen zu prüfen hat, ob der Name, unter dem eine Partei auftritt, richtig ist, ob die Person identisch ist mit der, als die sie sich ausgibt, so auch die Richtigkeit der Firma. Die Notwendigkeit der Prüfung ist nirgends in der ZPO. ausdrücklich ausgesprochen, allein sie ergibt sich aus der Bedeutung der Parteibezeichnung für den Prozeß. Das Urteil muß gegen die richtige Partei ergehen, gegen die richtige Partei muß vollstreckt werden. Es führt zu großen Schwierigkeiten, wenn unrichtige oder gar falsche Namen in den betreffenden Urkunden stehen. Allerdings ist die Prüfung von Amts wegen nur vorzunehmen, wenn Bedenken auftauchen (RG. **41** 410). S. Frank, ZZP. **13** 245; a. A. Skonietzki-Gelpke Anm. 2 zu § 56 ZPO., Anm. 5 zu § 253.

[146]) Etwa daß sie schon vor der Neuregelung des Firmenrechts durch das HGB. eine Sachfirma geführt habe.

gemeine Erfahrungssatz, daß Richter bei der Eintragung ins Handelsregister sorgsam vorgehen, also wird vor der Eintragung der Richter auch in diesem Falle die Zulässigkeit der Sachfirma für eine offene Handelsgesellschaft geprüft haben. Die tatsächlichen Voraussetzungen dafür werden eben bestanden haben. Es genügt zur Begründung dieser richterlichen Ueberzeugung die Tatsache der Eintragung. Wenn diese Tatsache auch keinen unumstößlichen Beweis liefert, so erzeugt sie doch eine Vermutung für die Zulässigkeit der Eintragung.

Die genannte Vermutung also erleichtert die Beweislast, indem der Beweis bei freier Würdigung schon als geführt angesehen wird bei Vorhandensein von Tatsachen, die auf die nachzuweisende schließen lassen.

3. Das RG. sagt in der angezogenen Entscheidung: „Liefert sie (die Eintragung) auch nicht den Beweis, so erzeugt sie doch die Vermutung". . . .

Bisher sind hier als tatsächliche Vermutungen angesehen worden solche Erfahrungsregeln, die bei Würdigung des Ergebnisses einer Beweisführung dazu dienen, festzustellen, ob das Ergebnis als Nachweis betrachtet werden kann oder nicht. Dabei ist ausgegangen worden von einem Nachweis im Sinne einer hohen Wahrscheinlichkeit. Die Ausdrucksweise des RG. würde nun darauf schließen lassen, daß das RG. neben den Beweis im Sinne von Nachweis die Vermutung stellt als besondere Art des Ergebnisses einer Beweisführung. Die Beweisführung könnte demnach eigentlichen Beweis (Nachweis) oder aber nur Vermutung als Ergebnis haben. Das wäre aber unrichtig, daher ist das, was das RG. mit diesen Worten meint, auch nicht so zu verstehen. Unsere heutige Zivilprozeßordnung kennt keine verschiedenen Arten von Beweis.[147]) Daher kann es auch keinen Unterschied geben zwischen Nachweis (gewissermaßen eigentlichem Beweis) und Vermutungsbeweis.

Hinsichtlich ihrer prozessualen Wirkung unterscheidet sich also die tatsächliche Vermutung nicht von irgendeinem andern Satz der Erfahrung, gemäß dem ein Inzichtenbeweis als schlüssig angesehen wird. Das Ergebnis einer jeden Beweisführung muß so hohe Wahrscheinlichkeit sein, daß der Beweis als geführt betrachtet werden kann. Es gibt Unterschiede in dieser Wahrscheinlichkeit, allein prozessual bedeutsam sind sie nicht.

---

[147]) Die Glaubhaftmachung ist kein Beweis.

4. Aus dem Tatbestande der angezogenen Reichsgerichtsentscheidung ist es nicht ganz genau ersichtlich, allein es scheint doch das RG. die Vermutung für Legalität der Eintragung angewandt zu haben, ohne daß eine der Parteien sich darauf berufen hatte. Die Frage ist die, ob der Richter eine tatsächliche Vermutung anwenden darf, ohne sie vorher zur Erörterung der Parteien gestellt zu haben.

Es darf als herrschende Meinung bezeichnet werden, daß allgemeine Erfahrungssätze vom Richter ohne weiteres seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden können, ohne daß sie Gegenstand der Parteiverhandlung gewesen sind.[148])

Dieser allgemeinen Regel folgen aber auch die tatsächlichen Vermutungen. Sie sind anwendbar, ohne daß sie vorher etwa vom Richter angekündigt worden wären.

Es bringt diese, im Gesetz nicht ausgesprochene,[149]) aber selbstverständliche Machtvollkommenheit des Gerichts[150]) eine gewisse Gefahr mit sich.[151]). Wenn eine tatsächliche Vermutung schon Gegenstand der Parteiverhandlung war, so ist durch das Bestreben der Partei, der die Vermutung nachteilig ist, die Vermutung zu entkräften, eine Garantie für die Erörterung der Voraussetzungen der Vermutung gegeben. Allein da einmal der Richter eine große Machtvollkommenheit in bezug auf Verwendung allgemeiner Erfahrungssätze hat und man als wesentlich bei der tatsächlichen Vermutung den Erfahrungssatz anerkennen muß, auf dem sie beruht, so ist der Folgerung nicht auszuweichen, daß tatsächliche Vermutungen angewandt werden können, ohne Gegenstand der Verhandlung gewesen zu sein.

Ein Korrektiv[151a]) findet die manchem vielleicht zu groß erscheinende Machtvollkommenheit des Richters in der ebensowenig ausdrücklich ausgesprochenen, aber nicht weniger gültigen Regel, daß der Richter pflichtmäßige Würdigung

---

[148]) Stein in 10. Aufl. von Gaupp-Stein, Komm. Anm. III, 1 zu § 286, Vorbem. III, 1 zu § 402 ZPO., Skonietzki-Gelpke, Komm. Anm. 3 zu § 286 Vorbem. 2 Ba zu 3. Abschn. 1. Buch ZPO. (mit w. Nachweisungen); R. Schmidt, 1 438; a. M. Planck 1 445, 2 268.

[149]) Wenn man sie nicht aus dem Worte „etwaig" des § 286 ableiten will („etwaige Beweisaufnahme").

[150]) R. Schmidt S. 438.

[151]) Bedenken bei Vierhaus' Kritik von Stein, privates Wissen, ZZP. 19 187 ff.

[151a]) S. auch unten § 25, 2.

walten lassen muß. Dazu wird auch gehören eine weniger angewandte tatsächliche Vermutung, die vielleicht im konkreten Falle zum erstenmal angewandt wird, zur Erörterung der Parteien zu stellen mit Rücksicht auf das Recht des von der Vermutung Benachteiligten, Gegenbeweis zu führen gegen den durch die Vermutung erleichterten Beweis, insbesondere das Recht, Gegenbeweis gegen die Richtigkeit, gegen die Begründetheit des die tatsächliche Vermutung stützenden allgemeinen Erfahrungssatzes.

§ 12.

Bei den folgenden tatsächlichen Vermutungen handelt es sich um rein innere Tatsachen.

1. Bei der Anfechtung von Rechtshandlungen sowohl gemäß § 31 KO. wie § 3 des Anfechtungsgesetzes, hat der Anfechtungskläger gemäß Nr .1 zu beweisen: 1. die Benachteiligungsabsicht des Schuldners, 2. die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dieser Absicht.[152])

Ueber die Beweisführung hinsichtlich der Benachteiligungsabsicht hat sich allmählich ein Grundsatz in der Rechtsprechung gebildet, der als tatsächliche Vermutung bezeichnet werden könnte.

Es heißt in DJZ. 1911 Sp. 1217 (RG. 15. VI. 191): „Während in den Fällen kongruenter Deckung, d. h. wenn der Gläubiger nur das erhält, worauf er einen Anspruch hat (bare Bezahlung einer Geldschuld), das bloße Bewußtsein des Gläubigers, daß andere Gläubiger dadurch benachteiligt werden, regelmäßig nicht ausreicht, um anzunehmen, daß der Wille des Schuldners auf eine Benachteiligung der Gläubiger und nicht darauf gerichtet war, einer begründeten Verbindlichkeit gerecht zu werden, ist in den Fällen inkongruenter Deckung weder rechtlich noch tatsächlich die Annahme von der Hand zu weisen, daß andere Gläubiger geschädigt werden sollen. Dieser Wille ist in solchen Fällen anzunehmen, wenn der Schuldner eine Schädigung letzterer als notwendige Folge erkannte. Diese Grundsätze bestehen in fester Rechtsprechung.“[153])

Aus dem Jahre 1904 ist das folgende Urteil des RG.[154]) Ein Ehemann hatte seiner Ehefrau Sicherheit geleistet gemäß § 1391

---

[152]) Jäger, Komm. z. KonkO. (1913) Anm. 18 zu § 31.

[153]) Ebenso Recht 11 Nr. 3119 (mit Nachweisungen).

[154]) RG. 57 161 f.

BGB., weil durch sein Verhalten die Besorgnis begründet war, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzt werden. Diese Rechtshandlung wurde angefochten. Das RG. wies die Klage ab und entschied, das Bewußtsein von der Entstehung eines Nachteils für die Gläubiger schließe die Benachteiligungsabsicht nicht unter allen Umständen in sich. Wenn die Handlung des Schuldners von dem Willen beherrscht werde, einer begründeten Verbindlichkeit auf Verlangen des betreffenden Gläubigers gerecht zu werden, so könne eine Benachteiligungsabsicht im gesetzlichen Sinne als vorliegend nicht erachtet werden.[155])

Während in dieser eben angeführten Entscheidung das RG. erklärt, bei kongruenter Deckung sei nicht ohne weiteres auf Benachteiligungsabsicht zu schließen, wird der umgekehrte Fall bei GruchotsBeitr. 51 398 entschieden (RG. Entsch. v. 26. II. 91). Es heißt da: „Im vorliegenden Falle hat aber B. nicht das erhalten, was er zu der Zeit und in der Art zu fordern ein Recht hatte, sondern ist durch Hingabe anderer Sachen befriedigt worden. Wählt der Schuldner ein solches Mittel zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers, so wird viel eher als bei einem reinen Erfüllungsgeschäft die Annahme naheliegen, daß der Wille des Schuldners auch darauf gerichtet war, seine übrigen Gläubiger zugunsten eines einzelnen zu benachteiligen . . ."

So führt auch das OLG. Karlsruhe aus.[156]) Anders als bei den reinen Erfüllungsgeschäften, sei es bei den sog. inkongruenten Deckungsgeschäften, d. i. bei der Ersatzerfüllung, bei der Sicherheitsbestellung[157]) und bei der vorzeitigen Erfüllung einer Verbindlichkeit. „Bei dieser Gruppe von Geschäften kann, im Gegensatz zu den reinen Erfüllungsgeschäften, aus dem bloßen Bewußtsein des Schuldners, daß die Deckung die Benachteiligung der übrigen Gläubiger zur notwendigen Folge

---

[155]) Ebenso RG. in JW. 02 25: „Das Bewußtsein des Schuldners, daß er durch die Befriedigung des einen Gläubigers sich in die Unmöglichkeit versetze, seine übrigen Gläubiger zu befriedigen, läßt, wie das RG. in feststehender Rechtsprechung angenommen hat, bei Erfüllungsgeschäften einen Schluß auf die Absicht der Benachteiligung nicht zu." Wohl aber können sonst im allgemeinen aus dem Bewußtsein der Benachteiligung auf die Absicht geschlossen werden.

[156]) BadRpr. 09 41.

[157]) Oben ein Fall der Sicherheitsbestellung als kongruente Deckung.

habe, unbedenklich die Benachteiligungsabsicht gefolgert werden“ (weitere Nachweisungen).

Diese Grundsätze gelten nicht nur jeweils für Nr. 1 der genannten Paragraphen, sondern auch für die jeweiligen Nr. 2.[158]) In dem letzteren Falle hat sich die Beweislast nach gesetzlicher Vorschrift umgedreht. Die personae suspectae, die im Anfechtungsprozeß Beklagte sind, haben zu beweisen, daß ihnen eine Benachteiligungsabsicht nicht bekannt war. Es wird dies auch so ausgedrückt, eine Rechtsvermutung[159]) spreche für die conscientia fraudis und diese Vermutung müsse widerlegt werden.[160]) Da spricht nun bei diesem von dem Beklagten zu führenden Beweise die Vermutung, und zwar diesmal eine tatsächliche dafür, daß, wenn es sich um kongruente Deckung handelt, keine Benachteiligungsabsicht seitens des Schuldners vorlag.

Im „Recht“ (12 Nr. 647) ist darüber noch folgendes bemerkt: Die Beweisregel von Nr. 2 § 3 AnfGes. gelte grundsätzlich auch gegenüber Erfüllungsgeschäften. Nach der Lebenserfahrung werde im Vorliegen eines Erfüllungsgeschäftes regelmäßig ein starkes Beweisanzeichen dafür gefunden werden, daß der Schuldner sich nur von der Erfüllungsabsicht leiten ließ. Die Einzelumstände seien zwar zu prüfen. „Hierbei wird zwar im Auge zu behalten sein, daß die gesetzliche Beweispflicht dem Anfechtungsgegner obliegt; allein die Prüfung wird einzutreten haben, auch wenn der Anfechtungsgegner einen besonderen Beweis für seine Nichtkenntnis von der Benachteiligungsabsicht nicht angeboten hat. Die Tatsache, daß ein Erfüllungsgeschäft vorliegt, gibt schon für sich allein zu einer solchen Prüfung genügenden Anlaß.“ In solchen Fällen könne

---

158) Bei RG. 51 77 heißt es: Die vielfachen Aeußerungen des RG. dahin, „daß durch den Nachweis des Vorhandenseins eines Erfüllungsgeschäftes die gesetzliche Verm. des § 3 Ziff. 2 (Anf. Ges.) widerlegt, und nunmehr dem Anfechtungskl. der Beweis der Benachteiligungsabsicht des Schuldners und ihrer Kenntnis auf seiten des Anf.-Gegners aufgebürdet werde“, könnten der Natur der Sache nach „nicht im Sinne eines allgemein gültigen und allgemein bindenden Rechtsgrundsatzes oder selbst nur einer . . . Beweisregel verstanden werden, sondern nur im Sinne eines allgemeinen Erfahrungssatzes . . .“. Daß es sich um einen Erfahrungssatz und nicht einen Rechtssatz handelt, dafür auch JW. 06 179.

159) Jäger, Komm. Anm. 35 zu § 31; Sarwey-Boßert, KommKO. (1907) Anm. 8 zu § 31.

160) Wenn bewiesen wird, daß keine Benachteiligungsabsicht vorhanden war, braucht natürlich nicht auch noch die Nichtkenntnis bewiesen werden.

das Gericht die Entscheidung von einem richterlichen Eide abhängig machen.

Auch die Theorie erkennt an, daß der genannte Grundsatz im allgemeinen zutreffe, daß es sich aber selbstverständlich nur um einen Erfahrungssatz handle.[161])

2. Der Satz kann als Vermutung ungefähr so formuliert werden. Bei kongruenter Deckung ist aus dem Bewußtsein des Schuldners, daß er seine übrigen Gläubiger, bei Befriedigung eines einzigen Gläubigers, benachteilige, noch nicht auf die Absicht der Benachteiligung zu schließen. Wohl aber ist bei inkongruenter Deckung bei Bewußtsein notwendiger Benachteiligung die Absicht, zu benachteiligen, zu vermuten.

Auffallend ist hier wieder, warum die Formulierung als Vermutung nicht irgendwo gewählt ist. Der Grund ist wieder darin zu suchen, daß die Notwendigkeit einer solchen Formulierung sich nicht aufdrängte. Ob man den Satz als Erfahrungssatz ansah oder als tatsächliche Vermutung, ein Unterschied in der prozessualen Wirkung und Bedeutung, war nicht zu finden.

Die zuletzt angeführte Entscheidung ist zwiefach bedeutsam. Es wird dort anerkannt, daß allgemeine Sätze, wie der besprochene, ohne vorherige Parteierörterung in der Entscheidung vom Richter angewandt werden dürfen.

Sodann weist die Entscheidung darauf hin, daß der allgemeine Erfahrungssatz, der hier als tatsächliche Vermutung bezeichnet wurde, dazu führen könne, daß der einen oder anderen Partei ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei.

Hier wäre eine neue Wirkung der tatsächlichen Vermutung zu erkennen, wenn sie regelmäßig zur Auflage eines richterlichen Eides führen würde.

3. Allein eine solche Regelmäßigkeit ist nicht feststellbar, wie dies schon daraus hervorgeht, daß dieser Gesichtspunkt jetzt erst hervortritt.

Praktisch ist die Frage überhaupt nicht, da in der gerichtlichen Praxis eine weitgehende Scheu vor dem Eide überhaupt, insbesondere aber vor dem richterlichen Eide herrscht. Mit gutem Grunde; wenn auch der richterliche Eid ein wirk-

---

161) Jäger, KommKO. (1904) Anm. 35 zu § 31; Hartmann-Meikel, KommAnfG. (1913) Anm. 1 zu § 3 a. E.; Hellmann, Lehrb. d. Konkursr. (1907) S. 331.

liches Beweismittel ist im Gegensatz zum zugeschobenen, so haftet ihm doch zu viel Formelles an, als daß er anders als nur bei äußerster Notwendigkeit zu verwenden wäre. Der Richter bekennt immer mit Auferlegung des Eides seine Ohnmacht von sich aus eine Entscheidung treffen zu können.

Der richterliche Eid[162]) kann dann auferlegt werden, wenn seitens des Beweispflichtigen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die von ihm zu beweisende Tatsache erbracht worden ist. Wenn der Beweisbelastete überhaupt nichts bewiesen hat, so greift der Grundsatz der Beweislast durch, daß gegen den Beweisbelasteten entschieden werden muß, wenn er gar nichts beweist.[163])

Zur Auferlegung des Eides ist der Richter nicht verpflichtet. Das geht aus dem Worte „kann" des § 475 ZPO. hervor.[164]) Wäre der Richter zur Auflage verpflichtet, dann würde jede für den Beweisbelasteten sprechende tatsächliche Vermutung, die dem Richter aber nicht schlüssig genug erscheint, zur Auflage des richterlichen Eides führen. Da aber die Auflage des richterlichen Eides im Ermessen des Richters steht, hat auch die tatsächliche Vermutung diese Bedeutung nicht.[165])

Jedoch ist mehrfach entschieden und auch zutreffend, daß es ein Revisionsgrund ist, wenn der Richter die Frage der Auflage des richterlichen Eides unerörtert läßt, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind. Unter diesem Gesichtpunkt zwingt eine für den Beweisbelasteten bestehende tatsächliche Ver-

---

[162]) Aehnlich Code civil Art. 1366, 1367, der serment d'office „kann" auferlegt werden unter den beiden Bedingungen: 1. que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée, 2. qu'elle ne soit pas totalement denuée de preuves.

Wie zu entscheiden ist, wenn der Beweisbelastete gar keinen Beweis erbringt, wird nicht gesagt. Es wird auch nach französischem Rechte dann dem einen Anfang eines Beweises erbringenden Gegner kein richterlicher Eid auferlegt werden dürfen. Huc, Comm. (1895) 8 483 ff.

[163]) R. Schmidt S. 538.

[164]) A. M. Bolgiano, ZZP. 18 342 Anm., der das „kann" auf die Auflage entweder des „Erfüllungs- oder des Reinigungseides" bezieht. Das ist sicherlich unrichtig.

Wie im Text die herrschende Meinung, z. B. Skonietzki-Gelpke Anm. 3 zu § 475; Stein in Gaupp-Stein, Komm. (10. Aufl.) Anm. I zu § 475.

[165]) Das eigentümliche französische Verbot des Zeugenbeweises wie der Anwendung der présomptions de fait bei Streitwerten über 150 fr. hat hier die Folge, daß bei solchen Streitwerten in présomptions de fait auch kein commencement de preuve zu erblicken ist. Huc, Comm. 8 485, 486 Anm. 1.

mutung, wenn sie überhaupt eine Wahrscheinlichkeit für den Beweisbelasteten erbringt, zur Erörterung entweder der Nichtanerkennung der tatsächlichen Vermutung oder der Nichtauflage des richterlichen Eides.

Der Richter kann entweder einen Erfüllungseid (iur. suppletorium) dem auferlegen, für den etwas bewiesen ist, oder einen Reinigungseid (iur. purgatorium) dem, gegen den etwas bewiesen ist. Die Gründe für die Wahl des einen oder andern Eides sind mannigfaltig.[167]) Der Hauptgrund wird die größere Glaubwürdigkeit[168] der einen oder anderen Partei sein. Die größere oder geringere für die eine oder andere Partei sprechende Wahrscheinlichkeit wird erst in letzter Linie in Betracht kommen.[169]) Jedenfalls ist es dem Ermessen des Richters überlassen, welche der Parteien er schwören lassen will; auch in dieser Hinsicht kann man nicht die Regel aufstellen, daß, wer eine tatsächliche Vermutung für sich hat, schwören dürfte.

4. Der Irrtum bei Zahlung einer Nichtschuld darüber, daß eine Verbindlichkeit als bestehend angenommen wurde, die tatsächlich nicht vorhanden war, gehört nach der herrschenden Meinung zum Tatbestand der condictio indebiti.[170]) Jedoch wird von der herrschenden Meinung[171]) dem Gegner des Kondizierenden der Beweis für das Nichtvorhandensein des Irrtums auferlegt.

RG. sagt in JW. **10** 109 [8]: „Der Irrtum des eine Nichtschuld Zahlenden über seine Zahlungsverpflichtung ist nach richtiger Auffassung des gemeinen Rechts die „Grundbedingung" der condictio indebiti (v. Savigny, Oblig. 1, § 8 S. 46 weitere Nachweisungen)." ... „Auch nach dem geltenden Rechte bildet der Irr-

---

166) Vgl. Skonietzki-Gelpke, Anm. 3 zu § 475.

167) Gaupp-Stein, Komm. (10. Aufl.) Anm. III zu § 475.

168) Huc, Comm. 8 487: „Le juge défère le serment supplétif (darunter ist richterlicher Eid im allgemeinen, nicht nur iur. suppletorium zu verstehen) à celle des deux parties qu'il lui plaît de choisir; il se décide d'après la confiance que lui inspirent la probité et les qualités personelles de celle qu'il désigne.

169) Jedoch Skonietzki-Gelpke, Anm. 4 zu § 475 und dort angeführte Entscheidungen.

170) JW. **10** 109 [8]; KommRG. Anm. 1 zu § 814; Staudinger, Komm. (7./8. Aufl.), Bem. 1a β zu § 814.

171) Anm. 170 sowie z. B. RG. **60** 420; JW. **06** 351 [10] (desgleichen für Anerkennung einer Nichtschuld); JW. **10** 109 [8].

tum eine (negative) (!) Voraussetzung des Bereicherungsanspruches."

Um so auffallender ist es, wenn der Kläger eine solche wichtige Voraussetzung seines Klageanspruches nicht beweisen muß. Das RG. leitete diese anderweite Verteilung des Beweises, also eine Beweislastregel, aus § 814 BGB. her. „Nach dem Rechte des BGB. ist der Irrtum über das Nichtbestehen der erfüllten Verbindlichkeit nicht eine positive Voraussetzung der condictio indebiti; es ist vielmehr, wie aus der Fassung des § 814 und aus dessen Zusammenhange mit §§ 812 und 813 erhellt, Sache des Bereicherten, zu beweisen, daß dem Leistenden das Nichtbestehen der Verbindlichkeit bekannt gewesen ist."

Die Beweislastverteilung entspricht dem Gesetz.[172]) Zurückzuführen ist sie aber auf eine Vermutung,[173]) nämlich die, daß eine Nichtschuld regelmäßig irrtümlich bezahlt wird. Aus einer solchen Vermutung, die, wie gezeigt wurde, eine Beweiswürdigungsregel ist, ist eine Beweislastregel entstanden.

Es zeigt sich daran der Unterschied zwischen Beweiswürdigungsregel, gewöhnlich Beweisregel genannt und Beweislastregel.

Solange die Vermutung für Irrtum bei Zahlung einer Nichtschuld eine tatsächliche Vermutung ist, dient sie dazu, dem Kondizierenden, also in der Regel dem Kläger, den Beweis zu erleichtern. Der Richter steht dieser Regel frei gegenüber, er kann sie anwenden oder nicht, wenn er triftige Gründe hat. Wenn nun aber eine Beweislastregel desselben Inhalts aufgestellt wird oder aber aus dem Gesetz abzuleiten ist, so ist der Richter gebunden. Dispositive Beweislastregeln gibt es nicht;

---

[172]) Einfacher löst sich überhaupt die ganze Frage, wenn man, was bei bei der Fassung des § 812 daraus angeht, annimmt, daß der Irrtum überhaupt keine Voraussetzung der condictio indebiti ist, sondern allein das Vorhandensein einer Nichtschuld.

[173]) Oertmann, Komm. z. Recht d. Schuldv. Anm. 4 vor 812; Neumann, RGRspr. 1 Folge I S. 1106 Anm. 4. So wohl SeuffArch. 24 119 mit reichen Nachweisungen über diese Frage für das ältere Recht. Die einen hielten eine rechtliche Vermutung für Irrtum vorliegend, die anderen verlangten Beweis des Irrtums, gestatteten aber, den Irrtum als wahrscheinlich anzunehmen; ferner SeuffArch. 17 248; 27 234. Qui solvit, nunquam ita resupinus est, et facile suas pecunias jactet et indebitas effundat (fr. 25 Dig. 22, 3); vgl. auch Windscheid-Kipp, Pandekten (1906) 2 899, 900 Anm. 19.

alle Beweislastregeln sind zwingendes Recht.[174]) Gegen die tatsächliche Vermutung führt der Gegner, der Bereicherte, in der Regel also der Beklagte, den Gegenbeweis, der nur bis zur Darlegung der Unwahrscheinlichkeit der genannten tatsächlichen Vermutung entweder überhaupt oder im konkreten Fall zu gehen braucht. Die Beweislastregel stellt den Beklagten ungünstiger. Er hat nunmehr den Hauptbeweis für das Nichtvorhandensein von Irrtum auf seiten des Klägers zu führen.[175]) Bekanntlich ist der Beweis einer Negative meistens sehr schwer zu führen. Diese Belastung des Bereicherten bei der condictio indebiti läßt sich, wie gesagt, nur erklären, wenn man den Erfahrungssatz anerkennt, daß regelmäßig die Zahlung einer Nichtschuld aus Irrtum geschieht.[176])

5. Ob eine Willenserklärung abgegeben wird in eigenem Namen oder in fremdem Namen von jemand, der als Vertreter auftreten will, ist mitunter sehr zweifelhaft. Der Wille, im eigenen Namen zu handeln, ist eine innere Tatsache. Und zwar ist diese Tatsache des Willens, im eigenen Namen zu handeln, von dem zu beweisen, der jemand als Gegenkontrahent in Anspruch nimmt. Wenn also jemand behauptet, er habe als Vertreter gehandelt, so ist dies ein Leugnen des Klagegrundes.[177])

Daraus, daß ein Gesellschafter einer off. HG., der einen anderen Namen trägt als der in der Firma der off. HG. vorkommende, mit diesem seinem Namen einen Wechsel zeichnet, ist zu schließen, daß er in eigenem Namen handeln wollte,[178]) selbst wenn er Geschäftsführungsbefugnis hat.

Umgekehrt, wenn er in einem solchen Falle seinem Namen die Gesellschaftsfirma beifügt, ist das Gegenteil anzunehmen, daß er als Vertreter der Gesellschaft handeln wollte.

Man kann die Annahme im ersten Falle als tatsächliche Vermutung bezeichnen.[179])

---

[174]) Die sogenannten Beweislastverträge (insbesondere bei Versicherungsverträgen) sind Verträge über Beweiserleichterung.

[175]) Allerdings braucht auch dieser Beweis nur hohe Wahrscheinlichkeit des Nichtvorhandenseins herbeiführen. Beide Fälle nähern sich also so sehr, daß in der Praxis kaum ein Unterschied bleibt.

[176]) Ueber Haupt- und Gegenbeweis und Beweislast genaueres unten § 24.

[177]) So Staudinger, Komm., 7./8. Aufl., Anm. 9 zu § 164; Komm.-RGerR. Anm. 5 zu § 164; Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. 2 295.

[178]) ROHG. 13 287.

[179]) So Staub, Komm. (1912) 9. Aufl. Anm. 17 zu § 126.

6. Die Frage, welche Bedeutung eine auf dem Wechsel befindliche generelle Quittung eines zum Empfange der Zahlung legitimierten Inhabers des Wechsels habe, ist bestritten.[180])

RG.[180]) sagt: „Der Berufungsrichter macht aber weiter mit Recht geltend, daß die Annahme, durch die Zahlung sei eine objektive Aufhebung der ganzen Wechselobligation erfolgt, ohne weiteren tatsächlichen Nachweis nur dann berechtigt sei, wenn der Trassat und Akzeptant oder der Domiziliat für ihn Zahlung geleistet habe, daß dagegen eine solche Absicht nicht zu vermuten sei, wenn der Zahlende einem Wechselinteressenten Zahlung leistete, dem er selbst regreßpflichtig war."

Wenn der Trassat zahlt, so werden dadurch alle Regreßverbindlichkeiten beseitigt; die Wechselschuld ist endgültig erfüllt. Der Einwand der Tilgung gegenüber einem solchen Wechsel, falls er noch einmal eingeklagt werden sollte, ist durchgreifend.

Zahlt der echte Domiziliat, so ist, falls er ohne weitere Bemerkung zahlt, zu vermuten, daß er die Absicht hat, für den Trassaten zu bezahlen, daß also mit dieser Zahlung die Wechselobligation erlischt. Wird ein Wechsel, auf dem dem Domiziliaten für seine Zahlung quittiert ist, irgendwie gegen einen der Regreßpflichtigen eingeklagt, und macht dann dieser die Tilgungseinrede geltend, so spricht die obige Vermutung für ihn. Er hat die Beweislast für die rechtsaufhebende Tatsache der Tilgung der Wechselschuld und wird in seiner Beweisführung durch die obige Vermutung erleichtert. Die Vermutung ist tatsächlicher Art, denn sie beruht auf der Erfahrung und zwar einer sehr sicheren Erfahrung.

Zahlt ein Regreßschuldner, so ist es an sich möglich, daß er für den Bezogenen zahlt und damit die Wechselobligation tilgt; wahrscheinlich ist es aber nicht. Im Gegenteil, der Verkehr zeigt als wahrscheinlich, daß der Regreßschuldner nur seinen Nachmann befriedigen will.

Man könnte demnach den Satz des Reichsgerichts, beim Regreßpflichtigen sei eine solche Absicht, die ganze Wechselschuld zu tilgen, nicht zu vermuten, dahin erweitern, es sei das Gegenteil dieser Absicht zu vermuten.[181])

---

[180]) Vgl. Staub, Komm. z. Wechselordnung, 8. Aufl. (1912), Anm. 50 ff. zu Art. 82, insbesondere RG. 9 64 (weitere Nachweisungen).

[181]) Staub, Komm. z. WO. Anm. 55 zu Art. 82.

Diese Vermutung hat indessen keine große praktische Bedeutung. Der Fall wird wohl immer so liegen, daß der in Anspruch genommene Akzeptant Tilgung der Wechselschuld durch einen der Regreßpflichtigen für ihn behauptet, welche Behauptung er beweisen muß. Derjenige, für den jene eben genannte Vermutung sprechen würde, ist nun überhaupt in der Lage, den Beweis des Gegners abzuwarten, braucht sich also erst im Falle eines Gegenbeweises auf die Vermutung berufen; da wird sie aber auch meistens schon durch die Hauptbeweistatsachen widerlegt sein.

Aus diesem Fall ist ersichtlich, daß die Vermutung in der Regel nur für den Hauptbeweis Bedeutung hat. Daraus ist auch erklärlich, daß die gegenüber einer Vermutung offen gelassene Beweisführung immer Gegenbeweis genannt wird.

§ 13.

Häufig kann man lesen, das und das wird nicht vermutet.[182])

Dies kann eine ganz verschiedene Bedeutung haben.

1. Es heißt z. B. bei SeuffArch. 59 89 (RG.), „eine gesetzliche Vermutung dafür, daß die Vertragschließenden bei Abschluß von Verträgen die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen kennen, besteht nicht.“ Damit ist gar nichts Positives gesagt. Rein negativ lautet der Satz. Nicht etwa darf man annehmen, daß damit gesagt sein sollte, eine tatsächliche Vermutung der Art bestünde.

Bei GruchotsBeitr. 49 944 ist in einer Entscheidung des Reichsgerichts zu lesen: „So spricht bei einer den arbeitenden Klassen angehörigen verheirateten Frau zum mindesten die Vermutung nicht dagegen, daß ihr durch die Aufhebung oder Minderung ihrer Arbeitsfähigkeit ein Vermögensnachteil erwachse.“

Auch damit ist nichts anzufangen. Man muß sich hüten, diesen negativen Satz in den positiven umzukehren, es spreche eine Vermutung für einen Vermögensnachteil. Das sollte damit nicht gesagt werden.

[182]) Den Denkfehler, der in der Gleichsetzung der beiden Sätze liegt: „es wird etwas nicht vermutet“ und „es wird das Gegenteil dieses Etwas vermutet“, hat schon Weber, Ueber Verbindlichkeit zur Beweisführung (1832) Abschn. V § 8 ff., überzeugend nachgewiesen. Allein es erscheint nicht überflüssig, nochmals darauf kurz zurückzukommen. Vgl. auch Leonhard § 35, über die Vermutungstheorie. Dort sind auch Anhänger der Vermutungstheorie aufgeführt (Beckh, Schneider, Birkmeyer, Fitting).

2. Zweifelhafter kann man bei dem mitunter aufgestellten Satz sein, Schenkungen werden nicht vermutet.[183]) Soll das heißen, wenn einem anderen irgendetwas zugewendet wird, so wird vermutet, daß das keine Schenkung sein soll? So aufgefaßt ist der Satz zweifellos zu weit. Eine solche Negative kann nicht vermutet werden. Da kommt es auf den einzelnen Fall an.

Das sollte auch mit diesem Satz nicht ausgedrückt werden. Der Satz wurde nämlich offenbar aufgestellt, um eine Beweislastregel aufzustellen; es sollte damit gesagt werden, wer eine Schenkung behauptet, der muß sie beweisen. Das ist aber ein ganz natürlicher Beweislastsatz. Dazu braucht es des negativen Satzes nicht, Schenkungen würden nicht vermutet.

Wie wenig positive Bedeutung der Satz hat, geht aus dem Falle bei SeuffArch. 61 243 hervor. Gegenüber einer Darlehensklage war die sogenannte Schenkungseinrede geltend gemacht worden, die richtiger Ansicht nach ein Leugnen des Klagegrundes ist.[184]) Die Kl. rügten, die Grundsätze der Beweislast seien verletzt. Wenn überhaupt der vom Berufungsgericht anerkannte Satz, daß Schenkungen nicht vermutet würden, richtig sei, so sei dem Bekl. der Beweis der schenkungsweisen Hingabe des Geldes aufzuerlegen. Treffend erwidert das RG.: „Und wenn es auch richtig ist, daß Schenkungen nicht vermutet werden, so ist es gewiß unrichtig, daß im vorliegenden Falle, wenn die Schenkung durch jene Vermutung ausgeschlossen ist, das Darlehen bewiesen ist.“ Außer der Möglichkeit, daß das Geld schenkungsweise hingegeben worden ist, gibt es nicht nur die Möglichkeit der Hingabe als Darlehen, sondern noch eine ganze Anzahl anderer Möglichkeiten.

Damit ist auch festgestellt, wann überhaupt solche negative Vermutungen eine Bedeutung haben, nämlich dann, wenn dadurch das eine Glied einer zwei- oder doch nur weniggliedrigen Distinktion ausgeschaltet wird, so daß dann das andere Glied als bewiesen angesehen werden muß, oder doch die Beweisführung sich konzentriert auf das Nichtvorhandensein weniger weiterer

---

[183]) RG. in GruchotsBeitr. 50 949; SeuffArch. 61 243; l. 34 Dig. 3, 5.

[184]) Staudinger, Komm., 7./8. Aufl., Anm. III zu § 516. Das Darlehen ist zweifellos vom Gläubiger zu beweisen. Wenn der Schuldner Schenkung behauptet, so hat er allerdings den Empfang von Geld zugegeben; das genügt aber nicht, um den vom Gläubiger zu führenden Beweis des Darlehens als geführt ansehen zu können.

Möglichkeiten. Die Beweisführung nimmt also folgenden Weg. Die und die Möglichkeiten sind gegeben. Alle bis auf eine sind, entweder nicht zu vermuten oder ausgeschlossen, daher ist die eine bewiesen.

Ein Beispiel[185]) bietet die Hingabe eines Wechsels als Erfüllung. § 364 BGB. sieht die datio in solutum als Erfüllung an. Die Hingabe kann aber auch als datio solvendi causa, erfüllungshalber, geschehen.

Wenn ein Wechselakzept oder ein Solawechsel hingegeben wird, so ist das die Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit, die schon unter § 364 II fällt und nicht ohne weiteres als Leistung an Erfüllungsstatt anzusehen ist. Jedoch wenn eine Rimesse hingegeben wird, so ist wohl der Abs. II nicht anwendbar, da ja die etwaige Regreßverbindlichkeit des Remittenten nur eine subsidiäre ist, gegenüber der Hauptwechselverbindlichkeit. Nun besteht aber ein aus der Erfahrung des Verkehrs geschöpfter Grundsatz, den man häufig so ausdrückt, Hingabe eines Wechsels an Zahlungsstatt wird nicht vermutet.[186]) In diesem Falle bedeutet der Satz nicht nur, eine Wahrscheinlichkeit „für" sei nicht vorhanden, sondern er will sagen, die Wahrscheinlichkeit spricht „gegen" die Annahme an Erfüllungsstatt und daher ist die Annahme lediglich erfüllungshalber wahrscheinlich.

Daraus ergäbe sich die Folgerung, daß der Schuldner durch Gegenbeweisführung diese Vermutung entkräften muß. Vom Schuldner den völligen Beweis der Annahme an Erfüllungsstatt zu verlangen, wäre zu viel. Es spricht im allgemeinen ja schon für den Schuldner, daß der Gläubiger überhaupt eine Leistung von ihm empfangen hat. Allein es greift hier eine Beweislastregel durch. Die Erfüllung ist eine rechtsvernichtende Tatsache und muß vom Schuldner bewiesen werden, dazu gehört auch der Beweis der Annahme an Erfüllungsstatt.[187]) Die oben genannte Vermutung hat also kaum eine Bedeutung, weil sie einen Beweis erleichtert, der gar nicht geführt werden braucht.

---

[185]) Das allerdings eine Vermutung ohne Bedeutung darstellt.

[186]) SeuffArch. 57 Nr. 239; vgl. Staudinger, Komm., 7./8. Aufl., Anm. 1 c β zu § 364 und dort zitierte Entscheidungen.

[187]) So auch SeuffArch. 57 Nr. 259 und dort zu a) Zitierte. Soweit sie aber diese Beweislastregel aus der genannten Vermutung herleiten, ist dies irreführend.

§ 14.

Stellt man die Ergebnisse der bisherigen kasuistischen Untersuchung zusammen, so stellt sich als besonders in die Augen springend der Satz heraus: Die tatsächliche Vermutung ist ein prägnant formulierter Erfahrungssatz und hat nur als solcher eine Bedeutung und zwar keine andere Bedeutung als jeder andere Erfahrungssatz, der nicht als Vermutung formuliert ist.[188])

Die tatsächliche Vermutung kehrt nicht etwa die Beweislast um, sondern erleichtert die Beweisführung. Sie hat ihre Bedeutung im Gebiete der Beweisführung. Der Richter ist in der Lage, tatsächliche Vermutungen anzuwenden wie alle allgemeinen Erfahrungssätze, ohne sie vorher zur Erörterung der Parteien gestellt zu haben.

Irgendwelche gleichmäßig in allen Fällen vorhandene Wirkungen prozessualer Art haben sich nicht feststellen lassen.

Der Vorbehalt des Gegenbeweises erwies sich nicht als Besonderheit.[189])

Daß der richterliche Eid auf Grund von tatsächlichen Vermutungen entweder als Reinigungs- oder Erfüllungseid aufzulegen wäre, konnte nicht als Regel anerkannt werden.[190])

Unsere Prozeßordnung kennt auch keinen Unterschied zwischen eigentlichem Beweis und Vermutungsbeweis. Lediglich größere oder geringere Wahrscheinlichkeit ist Ergebnis einer jeden Beweisführung.[191])

Die hier gewählte Einteilung in Vermutungen für sinnlich wahrnehmbare und sinnlich nicht wahrnehmbare Tatsachen ist ohne praktische Bedeutung. Die Vermutungen beider Gruppen haben die gleiche Wirkung, das gleiche Wesen.

Die Praxis verfährt in Aufstellung oder Nichtaufstellung von tatsächlichen Vermutungen völlig willkürlich. Nicht einmal der Sprachgebrauch ist ein fester.[192])

Nicht in allen Fällen, wo es praktikabel wäre, ist eine Vermutung aufgestellt; umgekehrt erweisen sich nicht alle tatsächlichen Vermutungen als praktikabel. Unter Praktikabilität ist

---

[188]) Oben §§ 4, 9; 6, 2; 7, 3; 9, 5.
[189]) Oben § 4, 9.
[190]) oben § 12, 3.
[191]) Oben § 11, 3.
[192]) Oben §§ 5, 6; 6, 3; 3.

dabei ein günstiges Verhältnis von Deckungs- und Ausnahmefällen verstanden.[193])

Zwischen tatsächlicher Vermutung, die als eine erfahrungsmäßige Beweiswürdigungsregel erscheint, und Beweislastregel ergab sich eine große Verwandtschaft, so daß zwar in der Theorie eine reinliche Scheidung möglich ist, allein in der Praxis die Fälle ineinander übergehen.[194]) Beweiswürdigungsregeln dienen dazu, ein non liquet zu verhüten. Beweislastregeln entscheiden, im Falle eines trotzdem vorhandenen non liquet, wer die Folgen dieses non liquet zu tragen hat (Eideszuschiebung, u. U. Prozeßverlust).

Im Laufe der Untersuchung stellt sich noch, gewissermaßen nebenbei, ein Grundsatz der Beweiswürdigung heraus, der Grundsatz, daß unter Umständen der äußere Anschein als Beweis dienen kann.[195])

Es wird Sache des letzten Teiles der Arbeit sein, auf einige der obigen Ergebnisse noch näher einzugehen.

III. Historischer Ueberblick.

§ 15.

Im folgenden wird versucht, einen kurzen Ueberblick über die Dogmengeschichte der tatsächlichen Vermutung zu geben. Hedemann hat bereits diese Arbeit für die praesumtio iuris geleistet und es ist natürlich, wenn das Nachstehende sich an ihn anschließt. Soweit abweichende Ansichten aufgestellt werden, muß von vornherein bemerkt werden, daß diese nicht gegen jede Einwendung gesichert sind. Das Material ist derart zerstreut, daß von einer völligen Sammlung desselben, die weder Zeit noch Mühe lohnen würde, abgesehen werden mußte. Es ist nur versucht worden, die Entwicklung im großen ganzen zu verfolgen und darzustellen.

1. Im Corpus iuris civilis sucht man vergeblich nach der tatsächlichen Vermutung. Weder das klassische noch das spätkaiserliche Prozeßrecht kennt den technischen Begriff einer praesumtio facti oder hominis.

Wo der Ausdruck praesumtio im Corpus iuris auftaucht, hat er immer die Bedeutung einer praesumtio iuris. Fußend auf den Untersuchungen von Gradenwitz über die Interpolationen in

---

193) Oben § 5, 4.

194) Oben § 12, 4.

195) Oben §§ 5, 7; 6, 2; 6, 4.

der Justianeischen Kompilation hat Hedemann nachgewiesen, daß die Stellen, die das Wort praesumtio in einem technischen Sinn enthalten, sämtlich von Triboniau und den übrigen Kompilatoren interpoliert sind.[1]) Hedemann kommt zu folgendem Endergebnis: „Sie (die praesumtiones) waren ausdrückliche Anordnungen, daß ein einzelner fraglicher Punkt als wahr unterstellt werde und Erlaubnis für Partei und Richter, die Gegenbeweisführung abzuwarten, Anordnungen singulärer Natur ohne durchgehende Bezugnahme auf ein allgemeines Beweissystem" (S. 43 a. a. O.).

2. Ein Begriff, der dem der tatsächlichen Vermutung entspräche, ist in der Justinianischen Kodifikation nicht zu finden.

Ein Beweissystem enthält das Corpus iuris nur in rohen Umrissen, wenigstens stellt sich das bei Betrachtung derjenigen Stellen so dar, die ex officio vom Beweis handeln. Es sind dies Dig. 22, 3 ff. und Cod. 4, 19 ff. Als Grundsatz läßt sich allerdings klar erkennen der der freien Beweiswürdigung. In einem Reskripte von Kaiser Hadrian ist er bereits ausgesprochen. Es heißt da l. 3 § 2 Dig. 22, 5: Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare, quid aut credas aut parum probatum tibi opineris.[2]) Wenn auch im Laufe der Zeit dieses Prinzip Ausnahmen erfahren hat,[3]) so ist es doch nicht beseitigt worden.

Auch Justinians Gesetzgebung hält noch an ihm fest. Die Fälle mithin der sogenannten tatsächlichen Vermutungen sind nach freier Beweiswürdigung zu beurteilen.

Eine Zusammenstellung solcher Entscheidungen und Bestimmungen des Corpus iuris, auf die sich später Vermutungen gesetzlicher und tatsächlicher Art stützten, zeigt deutlich, wie die römischen Juristen bis zu Justinian einen Begriff der tatsächlichen Vermutung selbst das Wort praesumtio, nicht kannten. Alle solchen Fälle wurden nach freiem Ermessen entschieden. Irgendeine Regelmäßigkeit läßt sich nicht erkennen.

---

[1]) Hedemann, § 4 insbes.; vgl. Seckel, Heumanns Handlexikon z. d. Quellen des röm. Rechts s. v. praesumtio.

[2]) Vgl. Hedemann, § 3 und dort Note 1 Zieterte; Bethmann Hollweg, Der Zivilprozeß in gesch. Entw. 2 § 108.

[3]) Cod. 4 19 redet von legitimis probationibus. In l. 9 Cod. 4 20 heißt es: nunc manifeste sancimus ut unius omnino testis responsio non audiatur.

Eine derartige Zusammenstellung enthält das Folgende:[4])

1. l. 3 Inst. 1, 6: In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit, solvendo non est, vel . . . .

2. l. 1 Inst. 1, 14: Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. sed sciendum est eum et sine libertate tutorem datum tacite et libertatem directam accepisse videri.[5])

3. l. 12 Dig. 1, 5: Et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.

4. l. 2 § 1 Dig. 2, 14: Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem videtur inter nos convenisse ne peterem.

5. l. 6 Dig. 12, 4: Verisimile est eum qui dat sibi prospicere . . . ., . . . nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret.

6. l. 13 § 11 Dig. 18, 2.

7. l. 36 Dig. 15, 1: Videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.

8. l. 8 § 9 Dig. 17, 1.

9. l. 54 Dig. 23, 3.

10. l. 26 pr. Dig. 23, 4: . . quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse.

11. l. 47 Dig. 24, 1: Utrum negotium uxoris gerens an officio mariti ductus in rem eius impenderit vir, facti, non iuris est quaestio: coniectura eius rei ex modo et ex genere impensae non difficilis est.

12. l. 2 § 2 Dig. 24, 3: Filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri.

13. l. 7 pr. Dig. 26, 7: Tutor qui repertorium . . . non fecit, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria vel iustissima causa allegari possit cur id factum non sit.

14. l. 5 Dig. 28, 3.

15. l. 79 Dig. 30.

16. l. 77 § 15 Dig. 31: coniectura ex voluntate testatoris capienda.

17. l. 25 Dig. 34, 9: Si gener socerum heredem reliquerit,

---

[4]) Teilweise sind diese Stellen bei Hedemann und Burckhard an versch. Orten zitiert.

[5]) Vgl. l. 5 Cod. 6 27.

taciti fideicommissi suspicionem sola ratio paternae adfectionis non admittit.

17a. l. 44 Dig. 32: Si fundus legatus sit cum his, quae ibi erunt, quae ad tempus ibi sunt non videntur legata . . .

18. l. 1 Dig. 34, 5.

19. l. 23 Dig. 34, 5: Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intelligitur.

20. l. 24 Dig. 34, 5: . . . id quod credibile est cogitatum, credendum est.

21. l. 25 Dig. 34, 5: si quibusdam argumentis apparebit.

22. l. 20 Dig. 42, 8.

23. l. 4 § 4, 5 Dig. 43, 29.

24. l. 1 § 1 Dig. 48, 18: Ad tormenta servorum ita demum veniri oportet cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur ut sola confessio servorum deesse videatur.[6])

25. l. 39 Dig. 50, 17: Pro facto accipitur.

26. l. 114 Dig. 50, 17: In obscuris inspici solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.

27. l. 2 Cod. 2, 19: Quando verisimile non sit.

28. l. 6 Cod. 2, 20: Dolum ex insidiis[7]) perspicuis probari convenit.

29. l. 1 Cod. 2, 41.

30. l. 3 Cod. 3, 28: Casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est.

31. l. 5 Cod. 4, 19: Instrumenta domestica seu privata testatio seu adnotatio si non aliis quoque adminiculis adiuventur ad probationem sola non sufficiunt.

32. l. 25 Cod. 4, 19: Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.

33. l. 2 Cod. 4, 20.

34. l. 4 Cod. 4, 20.

35. Nov. 32 c. 35: Mater tamen donans aliquid filio de suo si ad secundas venerit nuptias, non poterit per occasionem ingratitudinis revocare quod datum est. Non enim ex pura videtur

---

[6]) Vgl. Art. 19, 20 ff. PGO.

[7]) So bei P. Krueger (1888) Cod. Just. 4. ed. ster., ältere Lesart: indiciis.

voluntate ingratitudinem introducere, sed secundas nuptias consideransadad hanc venisse cogitationem putabitur. Nisi tamen aperte filius aut circa vitam ipsam insidians matri aut . . . aut . . . . aliquid declaretur.[8])

3. Eine Regel irgendwelcher Art läßt sich aus den angeführten Stellen nicht ableiten.

Es handelt sich um Fälle des Indizienbeweises. Die Beweisführung überhaupt, so auch der Indizienbeweis, wurde von den Juristen klassischer Zeit, die lediglich über die Rechtsfrage respondierten, nicht wissenschaftlich beachtet. Wie aus der obigen Zusammenstellung hervorgeht, äußerten sich die Juriskonsulten nur gelegentlich über einzelne gerade aktuelle Beweisfragen. Im übrigen war die Beweisführung Sache der Rhetoren, der vor Gericht plädierenden Sachwalter.[9]) Daraus erklärt sich das Fehlen eines Beweissystems sowie der Mangel des Begriffes der tatsächlichen Vermutung in den Digesten.

Dasselbe ist aber auch der Fall für die späteren Teile des Corpus iuris, wie aus dem Vorstehenden ebenfalls hervorgeht. Mit Ausnahme der technischen praesumtio, die eine praesumtio iuris ist, gibt es keine praesumtiones. Das römische Recht kennt die tatsächliche Vermutung nicht.[10])

§ 16.

1. Die Fortbildung des römischen Rechts geriet von Justinians Tod an ins Stocken. Eine neue Belebung erfuhr das römische Recht erst mit der Entstehung der Bologneser Rechtsschule.

Ihre Hauptkraft lag in der Exegese der einzelnen Quellenstellen und in der Zusammenstellung der zusammengehörigen Vorschriften. Weniger bedeutsam sind ihre dogmatischen Arbeiten, die Summae.[11]) Die Arbeitsmethode der Glossatoren macht sich auch bei unserer Lehre fühlbar. Zu einer dogmatischen

---

[8]) Der Text des Authenticum lautet: ad hoc praetextum venisse praesumitur, die griechische Stelle: *ἀλλὰ τον δεύτερον γάμον ἐννοοῦσα ἐπὶ ταύτην ἐλθεῖν τὴν σκῆψιν προείληπται. πρόληψις* war der griechische Ausdruck für praesumptio.

[9]) Ihering, Geist des röm. Rechts 2 411; Bethmann Hollweg, D. Zivpr. in gesch. Entw. 2 § 108.

[10]) So auch Wetzell, System d. ord. Zivilpr. (1878) 3. Aufl. § 18 Anm. 13.

[11]) Savigny 5 Kap. 41 II.

Darstellung der Lehre von der Vermutung haben es die Glossatoren nicht gebracht.

2. Accursius[12]) (1182—1260) hat das Ergebnis der Arbeit der Glossatoren in der glossa ordinaria,[13]) einem Kommentar zum Corpus iuris, zusammengefaßt. Die glossa ordinaria wurde später von maßgebender Bedeutung[14]) für die gemeinrechtliche Entwicklung. Was die Lehre der Glossatoren über die Vermutung ist, das läßt sich genugsam erkennen aus der glossa ordinaria. Andere Schriftsteller über das materielle Recht heranzuziehen, ist nicht nötig.

Bei Accursius[15]) findet sich die bekannte Dreiteilung in der Glosse zum Titel III Dig. Buch 22. Praesumptio autem est triplex sagt er. Quaedam est talis cui statur, etiamsi contra quis probaret, alia, cui statur, donec contra probetur, alia, cui non statur aliquo modo, nisi adminicula habeat. Bei Accursius finden sich an dieser Stelle noch nicht die bekannten Bezeichnungen.

In der Glosse zu l. ult. pr. Dig. 4, 2 zu dem Worte praesumptioni, da bringt er eine andere Einteilung, die nur zum Teil mit der obigen übereinstimmt,[16]) aber die später gebräuchlich gewordenen Bezeichnungen enthält. Es heißt et ut plene scias, dic praesumptio alia iuris et de iure (später sagt er davon magis fictio appellatur) alia hominis, alia naturae, alia facti.

Von der praes. hominis heißt es: hominis autem praesumptio tam secundum leges quam secundum canones est illa, de qua haec lex (l. ult. Dig. 4, 2) dicit contra quam recipitur probatio in contrariam . . . Quandoque transfert onus probationis quandoque non.

Von der praes. facti wird nur gesagt, daß sie entweder facti praecedentis oder facti subsequentis ist.

Accursius bietet in diesen beiden Glossen nur wenig. Die beiden Einteilungen stimmen nicht überein. Hervorzuheben

---

[12]) Savigny 5 Kap. 42.

[13]) An der glossa ord. arbeitete Accursius wohl seit 1220 bis gegen Ende seines Lebens.

[14]) Trotzdem sie keineswegs eine vollständige und gründliche Zusammenfassung der Arbeiten der Vorgänger des Accursius war (Savigny a. a. O. S. 284 ff.).

[15]) Corpus iuris civilis Cum Commentariis Accursii (Notae Cuiacii und anderer) edid. Joannes Fehl Gaildorphensis, Lugduni 1627; Burckhard § 4.

[16]) Dies ist auch mit anderen Stellen der Fall in der glossa ordinaria, Savigny a. a. O. S. 294.

ist, daß er pr. hominis nennt, was später pr. iuris heißt. Von der pr. facti wird überhaupt nichts Bemerkenswertes gesagt.

Die übrigen Stellen der glossa ord. enthalten nichts, was für die Lehre von Bedeutung ist.[17]) Accursius kennt überhaupt keine Lehre von der Vermutung und stellt auch keine Regeln auf. Was er sagt, ist immer nur für den einzelnen Fall gesagt. Er hat sich daher auch gar keine Mühe gegeben, die verschiedenen Stellen in Uebereinstimmung zu bringen.

Wie zur Zeit Justinians spielen die praesumptiones keine Rolle. Gar Regeln über eine außerhalb des Gesetzes stehende tatsächliche Vermutung zu geben, kommt Accursius gar nicht bei, der nur glossiert, was im Gesetz, im C. i. civ., steht.

3. Von den gleichzeitigen Prozeßschriftstellern hat besondere Bedeutung Tancredus,[18]) der großes Ansehen genoß. Er lebte bis c. 1234. Sein ordo iudiciarius ist etwa um 1214 geschrieben.[19]) Während noch des Pillius ordo iudiciorum[20]) nur im Vorbeigehen von der praesumtio handelt,[21]) widmet Tancred unserer Lehre als erster einen besonderen Abschnitt, Titulus 14 De praesumtionibus.[22]) Vorher schon[23]) sagt er: Species autem probationum sunt sex; probatur videlicet per evidentiam facti, per famam, per praesumtionem, per iuramenti delationem, per testes et per instrumenta.

Tancreds später oft wiederholte Definition lautet: Praesumtio est argumentum ad credendum unum factum, surgens ex probatione alterius facti. Damit ist eine Definition des Indizienbeweises gegeben. Die folgende Einteilung[24]) in pr. temerariae, probabiles, violentae und necessariae ist eine Einteilung der Stärkegrade der aus dem Indizienbeweis entspringenden Ueberzeugung.[25]) Dem Prozessualisten Tancred lag diese

[17]) S. Burckhard S. 14 Anm. Die Glossen schließen sich meist an die oben zusammengestellten Stellen des C. I. C. an.

[18]) Savigny a. a. O. 5 115 ff.; R. Schmidt 1 72, über den Prozeß jener Zeit überhaupt § 10, und Endemann, ZZP. 15 179.

[19]) Savigny a. a. O. S. 128. Ausgabe Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine, edidit Fr. Bergmann, Göttingen 1842.

[20]) Dieses Werk geschrieben um etwa 1195.

[21]) Burckhard a. a. O. S. 16/17.

[22]) In der ang. Ausg. S. 257 ff.

[23]) A. a. O. S. 220; Burckhard S. 18 ff.

[24]) Diese Einteilung ist vor Tancred noch nicht zu finden; vgl. Hedemann a. a. O. S. 70 Anm. 13.

[25]) So auch Heusler, ArchZivPrax. 62 232, 307 ff; Endemann, ZZP. 15 281 (zu wenig genau).

Betrachtungsweise nahe. Das Wesen der Vermutung wird dadurch weit klarer, als durch die Einteilung des Accursius, der an das äußere Merkmal, ob Gegenbeweis zulässig ist oder nicht, anknüpft und dieses Merkmal den interpolierten Präsumtionen des Corpus iuris entnommen hat, die alle die Klausel, nisi contrarium approbetur, oder ähnliche enthalten.[26]) Mit der Erklärung aber, daß eine praesumtio den Gegenbeweis zuläßt, die andern nicht und daß sie sich dadurch unterscheiden, ist nichts gewonnen, denn die Frage, welches das Wesen der Vermutung sei, das diese Wirkung auf dem Gebiete des Beweises bedingt, ist dadurch nicht beantwortet.

Die Definition Tancreds und seine Einteilungsweise ist vorzuziehen. Allein scharfe Merkmale sind es nicht, die Tancred anführt.

Temeraria pr. invalida est et repellitur a iure .... Haec surgit ex causis vilibus.

Est pr. probabilis, quae dicitur pr. iudicis. Haec consurgit ex suspicionibus aliquibus et fama crebescente.

Violenta pr. surgit ex verisimili probatione et dicitur pr. iuris, quoniam ius praesumit ita esse.

Neccessaria pr. est, quae dicitur iuris et de iure. . . . et in hoc solo discrepat a violenta, quia non recipit probationem in contrarium.

Daß das keine brauchbaren Begriffe sind, causa vilis, suspicio, fama, verisimilis probatio, bedarf keiner Erörterung. Befriedigen kann Tancred nicht. Vollkommen willkürlich ist, die pr. iuris gerade mit der pr. violenta und die pr. iuris et de iure mit der pr. necessaria gleichzustellen, ebenso wie die pr. iudicis als gerade eine pr. probabilis zu bezeichnen. Allerdings ist die Vermengung der beiden Einteilungen erklärlich. Es ist bereits die Zeit, da die Juristen beginnen, bestimmte Beweisregeln über die Benutzung der Beweismittel aufzustellen.[27]) Die praes. violenta seu iuris ist eben ein gesetzlich gewerteter Indizienbeweis. Das Willkürliche Tancreds liegt nur in der Bezeichnung der pr. iuris als violenta, wie wenn eine pr. iudicis niemals violenta oder necessaria sein könnte (Alibibeweis).

Der Begriff der tatsächlichen Vermutung ist nicht vorhanden. Die pr. probabilis oder iudicis, die als solche aufge-

---

[26]) Hedemann S. 9 ff.

[27]) R. Schmidt S. 76.

faßt werden könnte, versteht Tancred nicht so. Er mißt auch dieser Vermutung, ganz im Sinne einer legalen Beweistheorie, einen bestimmten gesetzlichen Wert bei, nur vermag er ihn nicht sicher zu umschreiben. Er sagt: Et nota, quod licet prob. pr. non inducat per se iudicem ad sententiandum, cum uno tamen teste vel praesumptione alia simili plenam fidem facit.

§ 17.

Das kanonische Recht ist nur hilfsweise zur Erkenntnis des Prozesses jener Zeit, der sich vornehmlich in den italienischen Statutarrechten herangebildet hat, heranzuziehen. Das kanonische Prozeßrecht ist eine „unoriginäre Schöpfung."[28]) Neben der dogmatischen Darstellung Tancreds nimmt sich das, was das Corpus iuris canonici über die Vermutung enthält, recht geringwertig aus.[29])

Das Beweisrecht ist enthalten in den Titeln 19 und folgenden des 2. Buches der Dekretalen Gregors IX.,[30]) die im Jahre 1234, im Todesjahr Tancreds, publiziert sind. Wir finden im Titel 22 de praes: Tancredsche Begriffe: violenta praesumtio, suspicio vehemens; es darf wohl angenommen werden, daß sich darin der Einfluß seines ordo iudicialis äußert. Aber abgesehen von diesen Bezeichnungen ist nichts von Tancredschem Geiste im Titel de praes. zu finden. Wenn nicht durch die summae über den einzelnen capita ein Zusammenhang mit der Titelüberschrift hergestellt wäre, würde man gar nicht wissen, was die Stellen bedeuteten. Es sind lediglich überallher zusammengetragene Beispielsfälle des Indizienbeweises. Eine technische Präsumtion ist m. E. lediglich in der Bestimmung des letzten Kapitels zu erblicken, cum prima facie praesumatur idoneus, nisi aliud in contrarium ostendatur.[31])

Die Bedeutung des ganzen Titels besteht darin, daß der Indizienbeweis zugelassen ist, als gegenüber dem Beweis durch Zeugen, Urkunden usw. gleichwertiger Beweis. Das stimmt mit Tancreds Anschauung überein, der unter praesumtio den Indizienbeweis versteht.

---

[28]) Richard Schmidt 1 72.

[29]) Dem Urteil Hedemanns a. a. O. S. 60 über die Wertlosigkeit des Titels de praesumtionibus kann nur zugestimmt werden.

[30]) Es schloß sich ganz an das Justinianische an; Endemann, Beweislehre (1860) § 8.

[31]) Ebenso Hedemann S. 61.

Von einem technischen Begriff einer praesumtio facti ist nichts zu finden, wenn man nicht aus den folgenden Stellen etwas derart herauslesen will.

In cap. 13 X de prob. 2, 19 ist vorgeschrieben: Fines dioecesium probantur per libros antiquos adminicula testes et famam. So lautet die Summe. Im Text ist dann genauer gesagt: testes, famam et quaecumque alia adminicula.

Cap. 27 X de test. 2, 20 regelt den Beweis der carnalis copula. Dieser kann geschehen durch testes de visu . . . „vel etiam de auditu et praesumptionem violentam fama consentiens subministret ac alia legitima adminicula.

Unter adminicula, zu denen vornehmlich fama consentiens gehört, sind unbenannte Beweisgründe verstanden, solche wie sie eben eine tatsächliche Vermutung beibringt.

Jedenfalls dürften die beiden genannten Stellen beweisen, daß die Gregorianischen Dekretalen noch nicht die legale Beweistheorie völlig durchgeführt haben. Dem Ermessen des Richters ist überlassen, seine Ueberzeugung außer auf Beweisführung durch gesetzliche Beweismittel auch auf sonstige vernünftige (legitima) Beweisgründe zu stützen.

Es ist noch nicht unternommen, den Indizienbeweis in gesetzliche Regeln zu bannen.[32]) Tatsächliche Vermutungen sind zulässig. Ausnahmen sind besonders statuiert. Als solche stellt sich z. B. cap. 14 X 2, 12 dar. Propter solam suspicionem, quamvis utique vehementem, nolumus illum de tam gravi crimine condemnari.

In den späteren Teilen des Corpus iuris can. sieht man allerdings mehr und mehr die legale Beweistheorie Boden gewinnen.[33]) Allein, wenn auch ganz bestimmte Regeln als gesetzliche aufgestellt wurden, z. B. semel malus, semper praesumitur esse malus, so sind diese m. E. doch wohl in der Praxis nie überschätzt worden. Sie erlitten sicherlich Ausnahmen, wie sie der einzelne Fall dem vernünftigen Ermessen des Richters bot. Auch unter der Herrschaft obiger Regel ist es m. E. ausgeschlossen gewesen, daß eine im jugendlichen Leichtsinn be-

---

[32]) Vgl. Wetzell, System odtl. Zivilprozeß (1878) 3. Aufl. § 21 Anm. 7 (das kan. Recht ließ den Indizien weiten Spielraum). Darüber, daß das kan. Recht anfangs freier Beweisw. huldigte vgl. auch Endemann. Beweisl. (1860) S. 23; O. Bar, Recht und Beweis im Zivilprozeß. Lpz. (1867) S. 19.

[33]) So Hedemann S. 62 ff.

gangene geringe Uebertretung einen Mann zwang, immer seine bona fides zu beweisen.[34])

§ 18.[35])

Unter den Kommentatoren oder Postglossatoren finden wir niemand, der unsere Lehre gefördert hätte. Interessant ist nur, daß Baldus[36]) eine praesumtio hominis kennt, die dann gegeben ist, wenn die Wirkung nicht im Recht ausgesprochen ist, sondern dem Ermessen des Richters überlassen ist.

Das Ergebnis der Arbeiten dieser Zeit ist ein Bild der Verwirrung.[37])

Einen neuen Aufschwung nimmt die Beschäftigung mit der Lehre von der praesumtio in der folgenden unter dem Einfluß humanistischen Bildungseifers stehenden Epoche, der der sog. französischen Schule.

Zum erstenmal werden der Lehre von der Präsumtion eigene Monographien gewidmet, und zwar von Andreas Alciatus und Jacobus Menochius.

1. Alciat[38]) (gest. 1550) versucht alle Präsumtionen unter drei Regeln zu bringen.

Prima regula sit, quod qualitas quae naturaliter inest homini semper adesse praesumitur.

Secunda principalis regula est, quod mutatio non praesumatur.

Tertia principalis regula est, quod semper sit praesumptio in meliorem partem.

Trotzdem er Bartolus zitiert, der schrieb, ista materia non potest tractari, quia non possunt capi regulae sed magis secundum accidentiam factorum iudicatur, ist die Absicht Alciats, ein System von Vermutungen aufzustellen, das keine Lücken kennt und für jeden denkbaren Fall eine Entscheidung hat.

---

34) Heuslers Ansicht ist durch Hedemann nicht widerlegt. Heusler hat Recht, wenn er von dieser Zeit sagte (ArchZivPrax. 62 307): „. . . . man hütete sich wohl, das Unmögliche zu versuchen und den Wahnsinn zu unternehmen, alle nur denkbaren Indizien, die so unzählig sind wie der Sand am Meer und wieder in jedem einzelnen Falle neu, von vornherein unter diese vier Kategorien zu rangieren“ (temeraria probalilis etc. pr.).

35) Genaueres über diese Zeit bei Burckhard §§ 6, 7.

36) Burckhard S. 21.

37) Burckhard S. 23.

38) Andr. Alciati Tractatus de praesumptionibus in seinen opera omnia Francofurtia 1617; bei Burckhard eine gedrängte aber ausführliche Inhaltsübersicht S. 27 ff.

Demgemäß kennt auch Alciat keine andern Vermutungen als praesumtiones iuris, denn er führt sein System auf gesetzliche Vorschriften zurück. Alle seine Vermutungen will er als gesetzliche angesehen wissen. Es kommt bei ihm die Bezeichnung praes. facti oder hominis nicht vor.

In dem dem kasuistischen Teil seiner Arbeit vorangeschickten allgemeinen Teil spricht er nur von fictiones, praes. iuris et de iure und praes. iuris.

Die letztere definiert er wie folgt: Est probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae alio non adducto, pro veritate habetur. Unter alio non adducto ist wohl zu verstehen: wenn nicht Gegenbeweis geführt wird. Alciat sagt nicht ausdrücklich, was er unter der Klausel versteht. Die Wirkung der praes. iuris sieht er in Umkehr der Beweislast.

Wenn Alciat von der praesumtio hominis oder facti nicht spricht, so scheint dies daher zu rühren, daß er unter einer solchen Bezeichnung etwas anderes als eine rechtliche Vermutung versteht. In seinem System gibt es aber nur rechtliche Vermutungen. Für seine Vermutungen paßt eben nur die Bezeichnung praes. iuris. Nam dicitur pr. iuris quia a lege introducta ... (Sec. pars, 3).

Trotzdem bemerkt er aber unter Praes. 24 reg. prim. Praesumitur incontinens ille, cuius pater fuit incontinens. Sed ista pr. inducit solum suspicionem praeterquam in casibus, in quibus est a iure approbata. Was für eine prozessuale Wirkung die suspicio hat, wird nicht dargestellt.

Man kann nur annehmen, daß Alciatus überhaupt für eine außerhalb des Gesetzes stehende Vermutung keinen Platz sieht. Außer im Gesetz gibt es keine Vermutung. Das System ist an sich vollständig, wenn auch in einzelnen Anwendungsfällen gerade keine Belegstelle aus dem Gesetze anzuziehen ist. Die sedes der Präsumtionen, d. h. die Gründe für Aufstellung solcher, sind zwar unzählige,[39]) allein unter die drei Prinzipalregeln, die Alciat feststellt, lassen sich alle irgendwie denkbaren Fälle subsumieren.

Der Kritik Burckhards über Alciat kann man sich nur anschließen. Die Einteilung Alciats ist ein Unding. Auch über die prozessuale Wirkung der praesumtio iuris erfahren wir wenig. Er stellt zwar fest: Illa praes. efficacior est quae

[39]) Tertia pars a. Schl.

est verisimilior. Er gibt auch eine Zweiteilung der praes. iuris in necessariae und verisimiles, allein eine brauchbare Regel, wann die eine und wann die andere Art vorliegt und welches ihre verschiedene Wirkung ist, findet sich nirgends. Alciat nennt seine pr. iuris absichtlich eine „coniectura" ad differentiam probationis, qua pr. non est proprie probatio; worin aber, genau genommen, der Unterschied zwischen Beweis und Vermutung liegt, verschweigt er.

2. Das Umfangreichste, was wohl je über die Vermutung geschrieben worden ist, einen 1169 Seiten starken Folianten, das hat Jacobus Menochius (1532 bis 1607) verfaßt, Jurisconsultus Papiensis.[40]) Nach Erörterung des Unterschieds zwischen artifificialis probatio und inartificialis, wobei er praesumptio mit artificialis probatio gleichstellt, teilt er die praesumtiones wie folgt ein:[41]) Sic nos dividimus praesumptionem, ut una sit iuris et de iure, altera iuris tantum, tertia vero hominis.

Die pr. iuris et de iure[42]) kann auch necessaria oder violenta genannt werden. Haec violenta praesumptio a naturalibus causis et principiis nata, contrariam probationem non admittit. Warum diese pr. gerade iuris et de iure genannt wird, erklärt Menoch beinahe mit denselben Worten wie Alciat.[43])

Die praesumtio iuris[44]) kann auch verisimilis genannt werden. Als Beispiel wird angeführt: Si proba chirographum, quo me tibi centum debere professus sum, esse cancellatum: inde iuris praesumptio verisimilisque probatio orietur me tibi satisfecisse.

In der folgenden Quaestio V fährt Menoch fort: Quaero quinto, quae dicatur praesumtio hominis. Haec a Rhetoribus[45]) non separatur ab illa, quam superiore quaest. explicavimus ..... Apud nostros tamen Iuriscons. magna constituitur inter illam et hanc differentia. Si quidem illa iuris praesumptio ita appellatur, quod a lege approbata sit, haec vero hominis dicitur, quod nullo iure confirmata reperiatur. Non enim praesumptiones

---

40) Menochii, De Praesumtionibus, Coniecturis, Signis et Indiciis Commentaria in sex distincta libros, Coloniae Agrippinae 1628 (und öfters); s. Burckhard S. 32 ff.

41) Qu. 2 a. E.

42) Qu. 3.

43) Qu. 3, 18 (nam dicitur pr. i. quia a lege introducta et de iure, quia super tali praesumptione lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate).

44) Qu. 4.

45) Unter rhetores sind Aristoteles, Cicero, Quinctilian verstanden (praefatio).

has, quas homo facit, potuit lex approbare, cum variae multiplicesque sint . . . . . Et ideo dicimus, in arbitrio iudicis esse positas. Trotzdem bescheidet sich Menochius nicht. Er sagt am Schlusse der Qu. V: Crediderim tamen quod etsi praesumptio et coniectura aliqua scripta non est in lege, si tamen magnam cum scripta affinitatem habet et similitudinem, quod contingit ab maiorem vel eandem rationem, de ea iudicandum erit quoad sui effectum, quod de ipsa scripta.

Es folgen nun langatmige wenig ersprießliche Erörterungen. Praesumptio, indicium, coniectura, signum, suspicio, adminiculum, quantum inter se differant. Brauchbare Unterscheidungsmerkmale sind nicht zu finden. Es wird nur kompiliert, was andere Autoren geschrieben haben. Z. B.: Est indicium coniectura ex probabilibus non necessariis orta . . . . praesumptionem directe tangere factum probandum: indicium vero indirecte ... Coniectura est quae nascitur a probabilibus.

Ferner wird der Unterschied zur fictio erörtert. Fictio wird mit den Worten Alciats definiert.

Praesumptio an sit quid iuris vel facti. Diese Frage hat nach Menochius bisher nur Bolognetus erörtert in tractatu de multiplici significat. et differentia iuris et facti num. 106, num. 107. Bolognet erklärt die praes. hominis sei facti. Dem widerspricht Menoch. Tatsächlich sei nur, was man mit Augen schauen oder mit Händen greifen könne, deshalb sei es nicht angängig, von tatsächlichen Vermutungen zu reden.[46])

Im folgenden werden breit aufgeführt die verschiedenen sedes, aus denen pr. entstehen können, z. B. causa, persona, factum, dictum, non factum, non dictum, a personae qualitate, ex consuetudine usw.

In Qu. 29 wird die Konkurrenz verschiedener Vermutungen besprochen, ein Problem, das zu lösen sehr nötig war bei den zahllosen, oft sich widersprechenden Vermutungen. Menoch stellt einige Regeln auf. Praesumptio legis validior pr. hominis. Indessen bemerkt er:[47]) Hoc casu relinquitur iudicis arbitrio iudicandum, quae sit potentior et firmior. Andere Gesichtspunkte zur Entscheidung bei Konkurrenz sind pr. specialis generali est potentior, pr. accidentalis debilior est naturali usw.

[46]) Qu. 11.
[47]) Qu. 29, 2.

In Qu. 31 gelangt Menoch zum Verhältnis von praes. und probatio. Schon am Eingang hat er erwähnt, gegen pr. iuris et de iure sei Gegenbeweis nicht zulässig. Dagegen, sagt er nun, können praes. iuris und praes. hominis durch Gegenbeweis aufgehoben und zerstört werden. Unterschied zwischen beiden Vermutungen wird nicht gemacht.

Von dem Verhältnis zur semiplena probatio handelt Qu. 32. Dabei wird nun der Unterschied gemacht. Praes. iuris in aliquibus semiplena probatione fortior est; probatio semiplena est praes. hominis potentior. Ein sicheres Merkmal der Unterscheidung weiß Menoch jedoch nicht anzugeben.[48])

Die Qu. 33 enthält Sätze über das Verhältnis von pr. und Beweislast. Im allgemeinen überträgt die pr. iuris die Beweislast auf den Gegner allein; wenn sie nur levis ist, so überträgt sie die Beweislast nicht. Wann eine pr. iuris sola levis ist, verrät Menoch nicht. Die pr. hominis non transfert onus probandi.

Die Qu. 36 und die folgenden behandeln die Frage: Pr. quando et quomodo dici possit proprie probatio. Sie wird dahin beantwortet, daß die pr. iuris vera probatio ist, die pr. hominis, alio adiuto adminiculo, semi plena probatio, wohl aber können mehrere pr. hominis verbunden werden und haben dann die Kraft einer plena probatio. Dies ist jedoch nur beschränkt zulässig (Qu. 40).

In der Qu. 44 wirft Menoch die Frage auf, pr. an a iudicis arbitrio pendeat, und verneint sie für die pr. iuris et de iure und iuris tantum, bejaht sie für die pr. hominis. Von dieser sagt er: Haec sane vere pendet a iudicis voluntate, et arbitria sicuti indicia . . . docuit Baldus iudicem ex variis circumstantiis has praesumptiones et indicia colligere.

Menochius bespricht in Qu. 48 eine moderne Frage, das Verhältnis der Vermutung zur Behauptungslast, an allegari semper debeat. Die praes. iuris et de iure braucht nicht ausdrücklich in den Prozeß eingeführt zu werden, denn der Richter muß sie anwenden, ob er mag oder nicht. Bei der pr. iuris werden eine Reihe von Fällen unterschieden, wann sie angeführt werden müssen, wann nicht. Von der pr. hominis heißt es: Haec allegari omnino debet ... Et accedit quod praesumptio haec

[48]) Das ist überhaupt der Mangel der Lehre Menochs, daß er seinen Vermutungen Beweiswirkungen verschiedenster Stärke beimißt, allein allgemeine Regeln darüber nicht geben kann.

incognita omnino est iudici. In Qu. 52 wird hinzugefügt: iudex praesumptionem a parte praetermissam supplere potest.

Die Qu. 58 führt verschiedene Fälle auf, in denen der Beweis allein durch pr. erbracht werden kann. Allgemeine Gesichtspunkte werden nicht gegeben. Reliquos casus observabit diligens atque studiosus lector, schreibt Menochius.

Von Qu. 61 an wird in mehreren Qu. die Möglichkeit erörtert, wann etwa doch Gegenbeweis gegen die pr. iuris et de iure zulässig sei. Z. B. ist dies der Fall ex confessione iudicialiter facta eius cui favet pr. iuris et de iure.

Vom Eidesgegenbeweis handelt Qu. 77. Dieser wird unbeschränkt zugelassen gegenüber der pr. hominis. Gegen pr. iuris et de iure wird er nicht zugelassen, gegen pr. iuris in manchen Fällen.

Ob das iuramentum suppletorium dem anvertraut werden kann, der eine pr. für sich hat, davon spricht Qu. 82. Wenn es sich um eine pr. hominis vehemens handelt, dann kann es geschehen. Ist sie aber tenuis, so reicht das nicht zum Erfüllungseide.

Praesumptio levis seu qualisqualis wird in Qu. 87 eine Art von Vermutungen genannt, ohne daß der Begriff definiert würde.

Mit der Qu. 88 beginnt eine Abhandlung über die Vermutung im Kriminalverfahren. Während vorher schon da und dort Vermutungen aus dem Strafverfahren beispielshalber herangezogen wurden, folgen nunmehr eingehende Erörterungen, namentlich Qu. 89, über die praesumptio qualis esse debeat ut quaestionibus et tormentis locus sit. Die Hauptregel ist, iudicis arbitrio relinqui, quae dici possunt praesumptiones et indicia sufficientia ad quaestiones quam torturam vocant. Einzelne Beispiele werden angeführt; so: nam tunc assertio raptae indicium facit ad torturam contra raptorem.[49]) Trigesimum indicium oritur ex eo, quod adducto inquisito vel accusato coram cadavere, cadaver emisit sanguinem. Nam praesumitur quod ille homicidium perpetravit.[49a]) Menoch fügt aber bei: Sunt enim multi qui asserunt hoc indicium esse incertissimum.

Mit der Qu. 100 schließt das erste Buch, das den allgemeinen Teil enthält und es beginnt die Kasuistik. Das Buch II handelt von den Vermutungen circa iudicia, das III. circa contractus, das IV. circa ultimas dispositiones et voluntates morientium.

[49]) Qu. 89, 82.

[49a]) Qu. 89, 128.

3. Mit Menoch hat die Lehre von der Vermutung einen Abschluß erreicht. Menoch ist lange Zeit der einzige geblieben, der der Vermutung eine umfangreiche Monographie widmete. Er galt als Vater der Lehre.[50])

Schält man aus dem Wust der Einzelerörterungen den Kern der Lehre heraus, so findet man zum Teil ganz moderne Anschauungen und eine Kritik kann nicht völlig absprechend ausfallen.

Menoch behält die bekannte Dreiteilung bei. Tancreds Einteilung wird zwar zitiert, aber nicht anerkannt. Auf Menoch ist wohl zurückzuführen, daß diese Dreiteilung herrschend geworden ist. Er selber führt eine ganze Anzahl anderer Unterscheidungen als zu seiner Zeit üblich an.

Seine Bezeichnungen sind pr. iuris et de iure, pr. iuris, pr. hominis.[51]) Pr. facti führt Menoch als technischen Begriff nicht an. Die Bezeichnungen Menochs sind später beibehalten worden.

Die pr. hominis ist nicht vom Gesetz bestimmt, sondern dem Ermessen des Richters überlassen.[52]) Allein der Richter ist nicht so frei gestellt, wie es nach diesem Grundsatz den Anschein hat. Die pr. hominis ist nur ausnahmsweise geeignet, Beweis zu erbringen. Im allgemeinen erbringen nur mehrere pr. hom. zusammen, verbunden, Beweis, oder aber zur völligen Beweiswirkung muß noch ein Erfüllungseid auferlegt werden.[53]) Menoch stellt aber diese Regeln nicht so absolut auf, daß man nicht glauben dürfte, er würde nicht eine Beweisführung, allein sich stützend auf eine höchst wahrscheinliche pr. hom., zulassen.[54]) Es würde ja sonst die Anerkennung der richterlichen Würdigung

---

[50]) Burckhard S. 32, 35; Feuerlein, Theorie d. Verm. in Gönners Arch. f. d. Gesetzgeb. 4 (1814) 7: „. . . schwerlich wird noch jetzt in Prozeßschriften eine Vermuthung zur Unterstützung einer facktischen Behauptung aufgeführt, die nicht die Autorität Menochs für sich hätte".

[51]) Hedemann nennt als üblichen Namen für die dritte Art die Bezeichnung pr. facti, S. 72. Heusler, ArchZivPrax. 62 307, hat Unrecht, wenn er behauptet, die Vierteilung (temeraria usw.) Tancreds sei in den Vordergrund gestellt worden in den gemeinrechtlichen Quellen.

[52]) Er bezieht sich dafür auf Baldus. Dieser scheint der erste zu sein, der diesen Begriff der pr. hominis aufgestellt hat.

[53]) Darin ist wohl das Ermessen des Richters hauptsächlich wirksam, daß er nicht bei jeder etwa halbwegs anerkannten pr. hom. einen richterlichen Eid auflegen muß, sondern dies kann, wenn er die Vermutung anerkennen will.

[54]) A. A. Hedemann § 12.

in Bezug auf die größere oder geringere Beweiskraft einer pr. hom. nur wenig bedeuten.

Zu bemerken ist noch der Satz, daß die pr. hom. nicht die Beweislast transferiere. Die pr. hom. ist also als gewisse relevatio ab onere probandi anzusehen.

4. Bei Cuiacius (1522—1590), dem Hauptvertreter der französischen Schule, ist für die Lehre von der Vermutung nichts zu finden.[55])

5. Die eben betrachtete Periode bietet das Schauspiel des allmählichen Vordringens der sog. legalen Beweistheorie, die die Beweiswürdigung in Fesseln schlug, und in enger Verbindung damit das Aufkommen der Präsumtionentheorie, der Regelung der Beweislast durch Vermutungen.

Daß man sich immer der Unmöglichkeit einer unumschränkten Herrschaft der beiden Theorien bewußt war, zeigt sich gerade an der tatsächlichen Vermutung.

Der natürliche Verstand diktierte den Satz, die pr. hominis ist dem Ermessen des Richters überlassen. Das paßte aber nicht zu den genannten Theorien. Man baute also diese Lücke möglichst zu, indem man grundsätzlich zwar das freie Ermessen des Richters hinsichtlich der pr. hominis anerkannte, aber dann ganz unlogisch erklärte, die Beweiswirkung der pr. hominis sollte nie eine volle, juristische Wahrheit bringende sein. Nur unter allerlei Kautelen ward eine solche volle Wirkung zugelassen.

Allein die Praxis[56]) war sicherlich freier als die Theorie und benutzte die grundsätzliche Anerkennung des freien Ermessens des Richters, um Beweisführungen durch tatsächliche Vermutungen in größerem Umfange zuzulassen als Theorie.

§ 19.

1. Die französische Schule hat ihr Gepräge darin, daß die ihr zuzuzählenden Juristen auch philologischen und historischen Studien obliegen und demgemäß wieder auf die Quellen des römischen Rechts zurückgehen.

Ihr folgt die holländische Schule, die denselben Charakter trägt.

---

[55]) Burckhard S. 25; Jac. Cuiacii Paratitla zu l. 22, 3 Dig. in Jacobi Cuiacii Opera, herausgegeben Prati bei Giachetti 1837 Tom. III, col. 128.

[56]) So selbst Hedemann S. 79 im Anschluß an Groß, Beweisverf. im kanon. Prozeß (1880) S. 61.

Die deutschen Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts sind vornehmlich Praktiker.

Einen neuen Aufschwung nimmt die Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert.

Der italienische Prozeß, der seit dem Ende des 13. Jahrhunderts eine Fortbildung im Sinne einer Beschleunigung erfahren hatte, drang gegen Ende des 15. und im 16. Jahrhundert über das verkehrsreiche Süd- und Westdeutschland in die deutschen Territorien ein.

Durch den Reichskammergerichtsprozeß einerseits, den sächsischen, sich inniger an deutsch-rechtliche Ueberlieferungen anschließenden, Prozeß andererseits wurde der deutsche Prozeß fortgebildet. Das Ergebnis war schließlich der sogenannte gemeine Prozeß.[57])

Es kann hier nicht die Aufgabe sein, in allen, so zahlreichen,[58]) Juristenschriften der Jahrhunderte seit Menoch nachzuspüren, was von der Vermutung gesagt ist. Eine Fortbildung der Lehre oder bemerkenswerte Anschauungen sind wohl kaum festzustellen.[59])

Beispielsweise seien im nachstehenden noch einige genannt.

2. Johannes Voetius (1647—1714) ist ein Vertreter der holländischen Schule. Was er über die Vermutung sagt, ist den Lehren Menochs, auf den er sich stützt, entsprechend. Praesumtiones . . ., sagt er,[60]) sunt coniecturae ex signo verisimili ad probandum assumtae. Harum triplicem speciem DD. constituant, aliam nempe hominis, aliam iuris, aliam iuris et de iure Pr. hominis est, cum ex ipsius negotii probabilibus qualitatibus ac circumstantiis aliquid inducitur et fidem quandam invenit, aliquando maiorem, aliquando minorem donec contrarium probatum aut gravioribus praesumtionibus inductum fuerit. . . . . Dependent potissimum ab arbitrio iudicis hae pr. hom., quantam nempe iis vim, quantamque fidem, secundum animi sui religionem tribual.

In Nr. 18 a. a. O. meint er dann, auf eine pr. iuris et de iure könne zweifellos eine Entscheidung gestützt werden;

---

[57]) R. Schmidt § 11.

[58]) Zusammenstellungen bei Joh. Schmid, Handb. d. gem. deutschen Zivilprozesses (1843) 1 § 16; Windscheid-Kipp, Pandekten (9. Aufl.) § 8.

[59]) Hedemann S. 91; Burckhard § 8 ebenso.

[60]) Voet, Commentarius ad Pandectas, Halae, sumpt. Curtii 1778 Tom. III S. 819 zu l. 22, 3 Dig. Nr. 14 ff.

auch auf eine pr. iuris könne sich eine Entscheidung gründen. Ueber die pr. hom. spricht er sich bei einem einzelnen Beispielsfall wie folgt aus: non tamen hoc sufficiens ad probandum indicium est, sed aliis id argumentis comprobari oportet.

3. Justus Henning Boehmer (1674—1749) kann als Vertreter der deutschen Praktiker gelten. Er spricht kurz von der Vermutung im allgemeinen in seiner Introductio in Ius Digestorum[61]) zu lib. 22, 3 Dig. Er kennt die aufgeführten üblichen drei Arten. Alia dicitur iuris, alia hominis . . . Differunt hae duae species, quod illa in iure sit determinata non haec . . . Illa liberat a probando, haec adiuvat probantem. Denique illa non dependet ab arbitrio iudicis, bene tamen haec. Die praes. iuris et de iure ist ihm eigentlich keine praesumtio, quia ita firmiter aliquid lex ex argumentis gravissimis infert, ut non admittatur probatio in contrarium.

4. Aus der Uebergangszeit zur neuesten Periode der Rechtswissenschaft ist der Lehrer Savignys, Christian Friedrich Glück, zu nennen (1755—1831). In seinen „Ausführlichen Erläuterungen der Pandekten" kommt er mehrmals auf die Vermutung zu sprechen. Er scheidet dabei nur zwischen praesumtio iuris und hominis. Da heißt es, Teil 1 (1797) S. 271, „menschliche Vermutungen, welche in den Gesetzen nicht gegründet sind, adminikulieren nur zum Beweis und machen, daß zuweilen auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt werden kann".[62]) Allerdings sagt er dann von den Rechtsvermutungen, daß sie sich schon auf die Vernunft und allgemeinen Rechtsgrundsätze gründen könnten. Auf diesem Wege kann natürlich vielen, eigentlich lediglich menschlichen Vermutungen zu rechtlicher Anerkennung verholfen werden.

§ 20.

Im 19. Jahrhundert sind es zunächst die Lehrer des gemeinen deutschen Zivilprozesses, die von der Vermutung handeln, und zwar durchweg gelegentlich der Darstellung des Beweisrechts.[63])

---

[61]) Ausgabe: Halae, Orphanotropheum, 1723 2 44 Nr. 12 ff.; vgl. auch die zum Teil anderen Ansichten seiner Disp. de collisione praes., Halae 1702 bei Burckhard S. 37, 38.

[62]) Ebenso Teil 21 (1820) S. 229 und Teil 27, 1. Abt. (1825) S. 350.

[63]) Die beiden Werke, Weindler, Ueber Vermutungen (Landshut 1801) und A. W. Feuerlein, Verf. einer neuen Theorie d. Verm. (1811 und in Gönners Arch. f. Gesetzgebung 4 [1814] S. 1 ff.), haben keine Bedeutung für

1. Die Lehre des gemeinen Prozeßrechts läßt sich dahin kennzeichnen, daß im gleichen Maße, wie die gegen die legale Beweistheorie[64]) gerichteten Bestrebungen zugunsten der Theorie der freien Beweiswürdigung Boden gewinnen,[65]) immer freiere Anschauungen über die Beweiswirkungen der tatsächlichen Vermutungen Platz greifen.

Von der Mitte des Jahrhunderts ab beginnt allmählich die Bezeichnung „praesumtio facti“ die „praesumtio hominis“ zu ersetzen.[66])

Bemerkenswert ist, daß die praesumtio iuris et de iure entweder als Unterart der praes. iuris aufgeführt[67]) oder überhaupt nicht als Vermutung angesehen wird;[68]) vorherrschend ist nunmehr die Zweiteilung pr. iuris und hominis.

2. Gensler[69]) sagt von der einfachen Vermutung, sie sei Wahrscheinlichkeitsvermutung, sie produziere keine volle juristische Ueberzeugung, sondern stütze andere Beweisgründe nur und steigere sie. Die Grenze gegen die Rechtsvermutung verwischt er dadurch, daß er auch vom Gesetze erwähnte menschliche Vermutungen anerkennt. Dies hängt aber mit der kasuistischen Natur der Gesetzbücher beider Rechte zusammen. Die freie Anschauung zeigt sich in der Bemerkung, die Häufung mehrerer zusammengreifender einfacher Vermutungen, jedoch

---

die Folgezeit. Sie gehen beide von aprioristischer Grundlage, nicht von positiven Gesetzen aus. Bei Burckhard § 9 ausführliche Inhaltsangabe. Burckhard wie Hedemann S. 91 sprechen den beiden Abhandlungen jeden Einfluß ab.

64) Ueber Beweisaufnahme im gem. Proz. unten § 24, 4.

65) Burckhard S. 122: „Wir haben in unserem heutigen (1860) gem. Prozeß nicht mehr die starre legale Beweistheorie . . . . des Mittelalters . . . . wir sind davon so weit entfernt, wie von dem Standpunkt des älteren römischen Rechts, wonach der iudex privatus . . . . annehmen konnte, was er wollte“ . . . Nunmehr hielt aber eine verknöcherte Praxis an starren Beweisregeln fest (Heusler, ArchZivPrax. 62 255).

66) Gelegentlich der Beratung des jetzigen § 14 EGZPO. wurden als pr. facti bezeichnet prozeßrechtliche Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist (Hahn, Materialien 2. Aufl. S. 1052). Danach erschienen die pr. facti als eine Art Rechtsvermutungen. Dieser vereinzelt dastehende Sprachgebrauch kann nicht die Bedeutung haben, wie Hedemann (S. 77, 121) meint.

67) Gensler, ArchZivPrax. 1 33.

68) Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung (1832) S. 81.

69) ArchZivPrax. 1 36 (1818). „Ueber die Begriffe: Beweis, Beweismittel usw.“

auch eine solche allein, könne die Basis einer, der Regel nach allerdings unvollkommenen, richterlichen Ueberzeugung werden.

Weber stellte im V. Abschnitt seiner „Verbindlichkeit zur Beweisführung (1832)“ § 3 fünf Unterscheidungsmerkmale auf, die die qualifizierte oder Rechtsvermutung von der einfachen trennen. Es müssen Rechtsvermutungen durch ein positives Gesetz ausdrücklich sanktioniert sein. Die gemeinen Vermutungen (pr. hominis) müssen immer von mehreren zusammentreffenden Umständen ausgehen. Ueber Rechtsvermutungen kommt dem Richter im allgemeinen kein Urteil zu, „die gemeine Vermutung hingegen ist sowohl in thesi als auch in hypothesi gänzlich der Beurteilung des Richters überlassen.“ Die übrigen Unterscheidungen haben heute kein Interesse mehr, da sie enge mit der besonderen Gestaltung des gemeinen Prozesses zusammenhängen.

Weber meint, nicht jede im Gesetze erwähnte Vermutung sei deshalb schon Rechtsvermutung.

Das Hauptverdienst Webers besteht in seiner für die Zukunft maßgebenden,[70]) treffenden Widerlegung der Vermutungstheorie, die zusammenhängt mit dem Nachweis, daß es unrichtig ist, überall da, wo ein Rechtssatz vorschreibt, es dürfe etwas nicht vermutet werden, dann eine Vermutung für das Gegenteil aufzustellen.[71])

Ganz unbeeinflußt von Anschauungen der legalen Beweistheorie ist Heffter.[72]) Vermutungen (praes. facti s. hominis) sind ihm alle Schlußfolgerungen, welche nach Denk- und Erfahrungssätzen aus tatsächlichen Verhältnissen auf die Möglichkeit oder Wirklichkeit eines sonstigen tatsächlichen Verhalts gemacht werden können.“ Pr. facti können vollen Beweis erbringen.

Ganz so unbedingt erklärt sich sein Zeitgenosse Christian Joh. Schmid nicht,[73]) jedoch ähnlich.

Renaud[74]) definiert wie folgt: „Unter einer gemeinen Vermutung (pr. facti, hominis oder iudicis) versteht man eine logische Schlußfolgerung, welche der Richter nach einem Erfahrungs- oder Vernunftsatze von einer oder mehreren Tatsachen (indicia) auf eine prozessualisch relevante Tatsache oder deren Negation

---

[70]) Unger, System des allgem. österr. Privatrechts 2 § 130 Anm. 26.
[71]) A. a. O. § 8 ff.
[72]) System des röm. und deutschen Zivilprozeßrechts (1843) 2. Aufl. § 257.
[73]) Handb. d. gem. deutsch. Zivilprozesses (1844) 2 § 118 S. 146.
[74]) Lehrbuch des gem. d. Zivilprozeßr. (1867) § 107.

macht.“ Die pr. facti ist eine Art des künstlichen Beweises, sie ist ein voller Beweis, wenn richterliche Schlußfolgerung sich als notwendig herausstellt. Wenn aber nur unvollständiger Beweis erlangt ist, wenn nur eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit begründet ist, so kann diese Wahrscheinlichkeit durch andere Beweisgründe unterstützt werden und zur Auflage eines notwendigen Eides führen. Anwendungsfälle der praes. facti sind nach Renaud das kaufmännische Kopierbuch und dessen Beweiswirkung für Briefe und deren Absendung sowie Kerbhölzer, die einen Schluß gestatten auf gemachte und empfangene Lieferungen.

Aehnlich wie die mitgeteilten Sätze lauten auch mehr oder minder die Ausführungen sonstiger Prozessualisten.[75])

Gegen Ende der Herrschaft des gemeinen Prozeßrechts erschien noch eine Monographie „Die Civilistischen Präsumtionen“ von Hugo Burckhard 1866. Burkhard beschäftigt sich hauptsächlich mit der Rechtsvermutung, der von ihm sogenannten zivilistischen Präsumtion i. e. S. Er versteht darunter „positive Rechtssätze des Inhalts, daß ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein bestimmter Umstand als bewiesen angenommen werden solle.“

Von den tatsächlichen Vermutungen handelt er nur nebenbei. Sie sind für ihn ein vager Begriff ohne Bedeutung, über den man nie ins klare gekommen war, noch auch kommen konnte. Die verschiedenen Anwendungsfälle der pr. hominis seien eigentlich nur verschiedene Formulierungen derselben pr. hominis, nämlich der Wahrscheinlichkeit; eine certa dectrina lasse sich nicht geben (S. 193, 194).

Noch einmal heißt es (S. 311)[76]) von den pr. hominis vermöge man nur zu sagen, sie hätten eine Wirkung, ohne daß man imstande wäre, diese Wirkung in feste Regeln zu fassen.

---

[75]) Z. B. Schneider, Lehre vom Beweise (1803) S. 444; v. Linde, Lehrb. d. d. gem. Zivilproz. (1843) § 237; Endemann, Beweislehre § 26; ders., Das deutsche Zivilprozeßrecht (1868) S. 710; Bayer, Vorträge über gem. Zivilproz. (1869) § 225; Wetzell, System des ordt. Zivilprozesses (1878) 3. Aufl. § 15 Anm. 13, § 21 Anm. 7. Auch SeuffArch. 1 Nr. 243 (Verm. dafür, daß der Ehemann Paraphernalien allein an sich genommen habe — „„die ist keine pr. iuris, sondern eine facti, welche bewirkt, daß die kl. Ehefrau zugelassen wird, mittels fides zu bestärken, daß dasjenige, was an sie unter Beitritt des Ehem. ausgezahlt worden, dieser allein an sich genommen habe“); 4 9, 182; 24 119; 27 234; 31 80.

[76]) Vgl. § 35.

3. Ueberblickt man die geschichtliche Entwicklung, so muß man zugestehen, daß die tatsächliche Vermutung ein Begriff ohne Dogmengeschichte ist. Man plagte sich damit, das natüliche Wesen der tatsächlichen Vermutung zu ergründen und endete damit, zu erkennen, daß Regeln und feste Begriffsmerkmale sich nicht aufstellen lassen. Man war sich eigentlich nur darüber einig, daß die tatsächliche Vermutung zum Beweisrechte gehöre, sich auf Erfahrungsregeln gründe und Wahrscheinlichkeit ihre Wirkung sei.

§ 21.

1. Bei der Darstellung der Ansichten der modernen Literatur kann die Arbeit mit Fug sich beschränken, denn die reichhaltige und vollständige Uebersicht Hedemanns[77]) kann nicht überboten werden. Lediglich bedarf es einiger Ergänzungen, da Hedemann die tatsächliche Vermutung nicht besonders berücksichtigt.

Was von der Rechtsvermutung gilt hinsichtlich der Stellungnahme der Literatur, gilt von tatsächlichen Vermutungen noch vielmehr. Die Lehrbücher des materiellen Rechts[78]) berühren sie überhaupt nicht oder nur ganz nebenbei. Die Prozessualisten tun meistens desgleichen.

Es läßt sich daraus ersehen, daß man immer weniger der tatsächlichen Vermutung eine Bedeutung beimißt. Es wird nicht unrichtig sein, als herrschende Lehre etwa das Folgende zu bezeichnen.

Die sogenannten tatsächlichen Vermutungen sind Schlüsse der Lebenserfahrung und unterliegen dem freien Ermessen des Richters sowohl bezüglich ihrer Anerkennung wie ihrer prozessualen Wirkung.[79])

2. Ob die tatsächlichen Vermutungen im Gebiet der Beweiswürdigung oder dem der Beweislast wirken, darüber herrscht Meinungsverschiedenheit. Die Mehrzahl behauptet, daß die genannte Vermutungsart der freien Beweiswürdigung unterliegt und auf die Beweislast keinen Einfluß hat.[80])

[77]) §§ 25 bis 33.

[78]) Vgl. z. B. Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts (1903) 1 § 87a Anm. 36 (pr. factis hominis sind zu verwerfen).

[79]) So z. B. Gaupp-Stein, KommZPO., 10. Aufl. (1911), Anm. 1 zu § 292; Stein S. 35, 36, 47 Anm. 3; Rosenberg S. 86, 90, 91, 104; Sattelmacher, Diss. (Freiburg 1902), Affirmanti non neganti incumbit pr., S. 77; vgl. die Zusammenstellung § 1, 5 Anm. 12.

[80]) Z. B. Stein S. 36; Betzinger S. 151 Nr. 128.

Diese Ansicht teilen andere,[81]) die aber noch weitergehen. Sie erkennen nur eine einzige Art der Vermutung an und zwar die Rechtsvermutung. Die tatsächliche Vermutung ist keine Vermutung, sondern eben ein Erfahrungssatz, der nur die äußere Form einer Vermutung angenommen hat.

Insbesondere sagt Hedemann (S. 203/4): Von Nebentatsachen wolle der Richter mittels logischen Schlusses zur Hauptsache gelangen. Dieser logische Schluß aber sei abstrakter Behandlung nicht zugänglich, er hänge eben am konkreten Fall. Da aber in seinem Gefolge die „Vermutung" erscheine, so gelte von ihr das gleiche. Die Untersuchung namentlich, wann Wahrscheinlichkeit zum Beweise genüge, sei müßig. Das sei Tatfrage, allen Regeln und sonstigen Abstraktionen feind.

Wir haben diese Auffassung im kasuistischen Teil als richtig bestätigt gefunden.

3. Ins Gebiet der Beweislast weist Fitting[82]) die tatsächliche Vermutung. Er sagt, eine Vermutung sei darin zu erblicken, daß nach der Erfahrung ein gewisses tatsächliches Verhältnis mit einem gewissen andern so regelmäßig zusammentrifft, daß bei feststehendem Vorhandensein des einen ohne weiteres auch das Vorhandensein des ersten anzunehmen ist, falls nicht ein ausnahmsweises Nichtvorhandensein festgestellt werde.

Es erhelle daß, sobald die tatsächlichen Voraussetzungen einer Vermutung feststehen, wozu es allerdings einer Beweisführung benötige, die Tatsache, wofür die Vermutung streite, keines Beweises mehr bedürfe, daß vielmehr der Gegner die Unwahrheit beweisen müsse. Die grundsätzliche Beweislast wird also durch die tatsächliche Vermutung umgekehrt.

Der Ansicht Fitting's schließt sich Staub[83]) an. Der letztere redet allerdings nicht von Vermutungen, sondern von Erfahrungssätzen, meint aber dasselbe wie Fitting. Er sagt (Anm. 58) „Der Erfahrungsregel weichen alle anderen Beweisregeln, sie mögen lauten wie sie wollen". Beweisregel ist von Staub hier, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, als Beweislastregel verstanden.

Diese Theorie der Beweislastregelung nannte man früher Präsumtionentheorie, wenn auch offenbar Fitting und Staub

---

[81]) Leonhard S. 115, 142, 219; Rosenberg S. 105; Hedemann § 35 S. 203.

[82]) ZZP. 13 67 ff.

[83]) KommHGB., 6./7. Aufl., Allgem. Einleitung Anm. 57 ff.

nicht so weit gehen wollen, wie die Präsumtionentheorie es versucht hat.

§ 22.

Von fremden Rechten verdient das französische eine besondere Betrachtung, weil es einen Versuch einer gesetzlichen Regelung der tatsächlichen Vermutung enthält.[84][85][86]

1. Die Vorschriften des französischen Rechts sind nicht im Code de procédure enthalten, sondern in den Art. 1349 bis 1353 des Code civil, Livre III, Titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), Chapitre VI (De la preuve des obligations et de celle du payement).

Das französische Recht[87]) unterscheidet zwischen présomptions légales und présomptions de l'homme ou de fait. Die prés. lég. werden unterschieden in pr. lég. absolues (praes. iuris et de iure), welche keinen Gegenbeweis zulassen, und in pr. lég. simples (praes. iuris tantum), gegen welche Gegenbeweis zulässig ist.[88]) Zu den prés. lég. absolues gehört auch l'autorité de la chose jugée, die Rechtskraftwirkung.

2. Von den présomptions de l'homme handelt der Art. 1353. Es soll hier gedrängt dargestellt werden, wie die französische Jurisprudenz die prés. de l'homme behandelt. Der Art. 1353 C. civ. lautet wie folgt:

---

[84]) Einen kurzen Ueberblick über preußisches, englisches, österreichisches, sächsisches und französisches Recht bei Hedemann S. 95 bis 116. Nur im Französischen sind besondere Vorschriften enthalten.

[85]) Das Bad. Landrecht enthielt als Uebersetzung des Code Napoléon von 1804 dieselben Bestimmungen über die Vermutungen. § 146 BadEG. zu den RJustizG. hat die betreffenden Sätze, insoweit sie unvereinbar waren mit der ReichsZPO., aufgehoben, insbesondere den Satz 1353, der dem Art. 1353 C. c. entsprach. Durch die früheren Prozeßordnungen von 1831 und 1864 war Art. 1353 nicht aufgehoben worden (BadAnn. 41 151).

[86]) Ueber Vermutungen enthalten dieselben Vorschriften die dem Code Napoléon nachgebildeten bürg. Rechte von Portugal, Spanien und Italien (Hedemann S. 105 Anm. 2).

[87]) Aus der französischen Literatur: Bonnier, Traité des preuves (1843) 597 ff.; Marcadé, Explication du Code Napoléon (1868) 5 155 ff. und 357 ff., insbesondere 375; Laurent, Principes de droit civil français (1878) 19 625; Garsonnet, Traité de Proc. (1898) 2 §§ 696, 726. Auch Behaghel, Das Bad. bürg. Recht (1892) 2 100; Stabel, Institutionen des französ. Zivilrechts (1871) § 162. Einen kurzen Abriß des franz. Prozesses bietet Zachariae-Crome, Handb. des franz. Zivilrechts 4.

[88]) Garsonnet a. a. O. 2 484 kennt noch eine dritte Art, die prés. mixtes, qui admettent la preuve contraire seulement dans certains cas.

Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

Was überhaupt unter présomption zu verstehen ist, definiert der Art. 1349: Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Der letzte Zusatz des Art. 1353 à moins que usf. ist, wie allgemein anerkannt ist, ein Redaktionsversehen, denn in diesen Fällen ist ohnehin der Zeugenbeweis zugelassen gem. Art. 1348 Nr. 1 Code civil.[89])

Die Hauptbestimmung des Art. 1353 ist die, daß der Beweis durch Präsumtionen nur geführt werden darf, wo auch Zeugenbeweis zugelassen ist. Dies hängt mit der dem französischen Prozeßrechte eigenen Beschränkung des Zeugenbeweises auf Streitwerte unter 150 Franken zusammen. Die Bestimmung interessiert daher hier nicht weiter. Immerhin ist zu bemerken, daß der Grundsatz von der Einschränkung des Zeugenbeweises im Art. 1348 C. c. eine Reihe tiefgreifender Ausnahmen erleidet und in allen handelsrechtlichen Sachen nicht gilt. Die présomption de l'homme hat also ein weites Anwendungsgebiet.

Der Art. 1353 schreibt weiter vor, daß die prés. de l'homme der Einsicht des Richters überlassen seien. Der Richter darf aber keine prés. zulassen, außer sie seien graves, précises et concordantes. Der Art. 1349 zeigt, wie die présomption in der Einsicht des Richters angewandt werden soll, nämlich als Induktionsschluß d'un fait connu à un fait inconnu.

Man hat aus dem Worte fait connu schließen wollen,[90]) daß nur eine durch eigentlichen Beweis klargelegte Tatsache Vermutungsbasis sein kann, nicht aber eine selbst erst durch Vermutung festgestellte. Es ist jedoch wohl diese Auslegung zu eng. Sie hat auch für deutsches Recht kein Interesse, da sie enge mit dem Wortlaut des Art. 1349 zusammenhängt. Eine dieser Vorschrift entsprechende hat aber das deutsche Recht nicht.

Dadurch daß der Beweis durch Präsumtionen eine richterliche Schlußfolgerung erfordert, soll er sich von anderen

[89]) Zachariae-Crome a. a. O. 4 § 775 Anm. 3; Huc, Commentaire Théorique et Pratique du Code civil (1895) 8 442.

[90]) Brauer, Erl. z. Code Napoléon (1810) 3 260; BadAnn. 41 151.

Beweisarten unterscheiden. An und für sich steht der Beweis durch prés. zwar auf gleicher Stufe mit den übrigen Beweisarten, wie sie im Art. 1316 C. c. aufgeführt sind, la preuve littérale, la preuve testimoniale, l'aveu de la partie, le serment. Dieser genannte Unterschied ist auch kein durchgreifender. So führt namentlich Demolombe aus.[91]) Der Richter, so sagt er, hat dieselbe geistige Tätigkeit, die gleichen Folgerungen bei allen Beweisarten nötig und anzuwenden. Genau genommen muß der Richter beim Urkundenbeweis, Zeugenbeweis, Beweis durch Geständnis auch von einer bekannten Tatsache auf eine unbekannte schließen. „La preuve immédiate, la preuve flagrante, elle ne se produit, elle n'écláte que très rarement à l'audience même." Als Beispiel fügt er an. Man zeigt mir eine Urkunde in der Paul anerkennt, dem Pierre 10 000 Franken schuldig zu sein aus Darlehen. Dieses Darlehen habe ich nicht abschließen sehen, und wenn ich an sein Vorhandensein glaube, so geschieht das nur infolge Schlußfolgerung. „C'est parce que je conclus de ce fait connu de moi, que Paul a réconnu par écrit l'existence du prêt, ce fait inconnu de moi, que le prêt a eu lieu." Indessen geht für gewöhnlich dieser Induktionsschluß so rasch vor sich, daß man sich dessen gar nicht bewußt wird.

Eine andere Scheidung wird gemacht, die am besten mit den Worten Marcade's gekennzeichnet wird.[92]) „A défaut de preuves proprement dites, c'est à dire de nature à donner ou à peu près, la certitude de la vérité de l'allégation, la loi se contente des présomptions qui en procurent la simple vraisemblance, la probabilité." Es soll also unterschieden werden zwischen Wahrscheinlichkeit und Gewißheit. Dabei sind sich auch die französischen Prozessualisten darüber einig, daß es eine absolute Gewißheit im Prozeß nicht gibt, sondern nur eine höchste Wahrscheinlichkeit. Jedenfalls ist es ihnen nicht gelungen, eine sichere Grenze zwischen certitude und vraisemblance zu ziehen.

Und dies, trotzdem ja Art. 1353 drei Merkmale angibt, die eine Vermutung aufweisen muß. Die présomption muß précise, grave und concordante sein, wenn anders sie Anwendung finden darf.

---

[91]) A. a. O. S. 564 Nr. 324; ähnlich Bonnier a. a. O., introduction; Marcadé a. a. O. S. 155 zu Art. 1349.

[92]) A. a. O. S. 155.

Früher wurde aus dem Worte concordant geschlossen, daß nur mehrere Vermutungen zusammen einen brauchbaren Schluß gewährleisten, indem dann diese Vermutungen sich gegenseitig unterstützten und deshalb übereinstimmend sein müßten. Jedoch ist diese Auffassung später allseitig abgelehnt worden. Nur dann, wenn tatsächlich mehrere Vermutungen zusammentreffen, müssen sie, was selbstverständlich ist, übereinstimmen; sie dürfen sich nicht widersprechen.[93])

Die französische Rechtsprechung und Literatur hat eingesehen, daß die vom Art. 1353 erforderten Eigenschaften keine rechtlichen, sondern nur tatsächliche sind, daß eine rechtliche Abgrenzung der présomption de l'homme von den raisonnements des Richters, die er gebraucht wie jeder Nichtjurist durch den Art. 1353 nicht geschaffen worden ist. Demolombe nennt die Abschätzung der prés. de l'homme une appréciation souveraine und erklärt, daß sie der cassation nicht unterworfen ist. In zahlreichen Entscheidungen des Cour de cassation wird der Satz variiert, wie er in einer Entscheidung vom Jahre 1893 ausgesprochen wird: en toute manière l'appréciation des présomptions est abandonneé à la conscience du juge.[94]) Das Ergebnis ist also ein negatives, es besteht in der Erkenntnis, daß die vom C. c. getroffene Regelung nicht vermocht hat, einen rechtlich abwägbaren Begriff der présomption de l'homme zu schaffen, der nach rein rechtlichen Gesichtspunkten ohne Hereinziehung der Umstände des Falls angewandt werden könnte.[95])

3. Da und dort zerstreut finden sich noch einige Bemerkungen, die von Interesse sind. So wendet sich Laurent (S. 627 Nr. 607 a. a. O.) gegen eine Erscheinung in der französischen Praxis, die ebenso in der deutschen sich zeigt. Er bekämpft die Neigung, aus tatsächlichen Verm. Rechtsvermutungen zu machen. „Il n'est pas permis à l'interprète de créer des présomptions de droit, ce seraient de vraies présomptions légales, et

---

[93]) Marcadé a. a. O. zu Art. 1353 Anm. I; Laurent S. 655.

[94]) Huc, Comm. 8 445.

[95]) Bonnier a. a. O. S. 604; Marcadé, Anm. II zu Art. 1353: il est palpable, qu'il y a là une question de fait, une appreciation de circonstances forcément abandonnée à la conscience du juge. Demolombe, Cours de Code civil (1876) 14 566 Nr. 243; Laurent a. a. O. S. 656; Dalloz, Jurispr. générale, Récueil périodique et critique (1900), I partie S. 364 (arrêt de C. de cass.).

le législateur seul peut en établir." Er erklärt die Neigung der Praxis aus der früheren Stellung der Richter. „Dans l'ancien droit, l'interprète était à certains égards législateur." Später, an einer anderen Stelle, sagt er (S. 656): Les présomptions de droit que l'on admettait jadis et que le code n'a pas maintenues ne peuvent plus être invoquées qu'à titre de présomptions de l'homme, Ausführungen die durchaus deutschrechtlichen Anschauungen entsprechen.

Anerkannt wird, daß der Richter nicht in seinen Erkenntnisquellen beschränkt ist, er kann die présomptions de l'homme auf tatsächliche Kenntnisse aller Art stützen, selbst auf solche die er in anderen Prozessen, seien es auch Strafverfahren, gewonnen hat.[96])

Daß gegen présomptions de l'homme Gegenbeweis zulässig ist, ist unbestritten.

Garsonnet[97]) stellt als Unterschied zwischen den présomptions légales und de l'homme den hin, daß die ersteren überhaupt kein Beweis sind, sondern den Beweis ersetzen, während die letzteren eigentlicher Beweis sind. Er hebt hervor,[98]) daß es die indirekte Beweisführung ist, in der die pr. de l'homme ihre Stelle haben und daß, wenn man zwischen legaler Beweistheorie und freier Beweiswürdigung unterscheiden will, auch im geltenden Prozeßrecht, nur die freie Beweiswürdigung (intime conviction) es ist, der die présomptions de l'homme angehören können.

In Wahrheit hat der Art. 1353 C. c. keine andere Bedeutung als die, den Indizienbeweis für den französischen Prozeß ausdrücklich für zulässig erklärt zu haben. Irgendeine allgemein brauchbare Qualifikation der tatsächlichen Vermutung ist im französischen Recht nicht zu finden.

4. Zum Schluß sei noch ein hübsches Beispiel der Beweisführung durch Vermutung aus der französischen Praxis angeführt.[99])

Die Bibliotheque nationale klagte mittels rei vindicatio auf Herausgabe eines Autogramms von Montaigne, das sich in Händen eines Gelehrten befand. Der Gelehrte war beim Erwerb in gutem Glauben gewesen. Die Bibliothek behauptete der Satz la pos-

[96]) Demolombe a. a. O. S. 566 Nr. 244; Laurent S. 567.
[97]) A. a. O. § 696.
[98]) § 726.
[99]) Laurent, Principes du Droit Civil (1878) 19 655.

session vaut titre finde keine Anwendung, denn das Autogramm, ein Brief Montaignes sei ihr entwendet oder sonstwie abhanden gekommen (égarée ou soustraite). Einen Zeugenbeweis konnte die Bibliothek nicht führen, sondern sie stützte sich auf eine Vermutung,[100]) und zwar eine présomption de l'homme. In einem wissenschaftlichen Werke, nämlich über die Berühmtheiten Frankreichs, in welchem der fragliche Brief Montaignes faksimiliert war, war zu dem Brief bemerkt: „La lettre suivante est la seule que posséde la Bibliothèque royale; elle fait partie du volume ayant pour titre: Lettres françaises de divers grand hommes". Der Gerichtshof fand in dieser Note eine présomption grave, wie sie Art. 1353 C. c. verlangt, für die Tatsache, daß der Brief nur im Wege einer Entwendung aus dem Besitz der Bibliothek gekommen sein könne.

Es handelt sich in dem Falle um einen Indizienbeweis der nach deutschem Recht gerade so hätte geführt werden können.

IV. Dogmatischer Teil.

§ 23.

1. Ueber die allgemeine logische Bedeutung[1]) des alle je gemachten Unterscheidungen umfassenden Begriffes der Vermutung war nie Zweifel und ist auch kein Zweifel möglich. Der Sprachgebrauch des Verkehrs läßt das Wesen bereits erkennen. Wo sich ein Urteil in der Schwebe hält in der Weise, daß man die Verbindung zwischen Subjekt und Prädikat nur für möglich hält, eine sichere Entscheidung aber erst sucht, da redet die Sprache von Vermutung oder auch Hypothese. Den grammatischen Ausdruck findet ein solches problematisches Urteil

---

[100]) Der Beweis durch présomptions qui ne sont point établies par la loi wird gemäß Art. 1353 Code civ. nicht zugelassen, wenn auch der Zeugenbeweis nicht zulässig wäre (Art. 1341). Letzteres wäre in diesem Falle an und für sich zutreffend, da es sich um einen Streitwert über 150 Fr. handelt. Allein im vorliegenden Falle besteht eine Ausnahme vom Verbot des des Zeugenbeweises gemäß Art. 1348, weil es nicht möglich gewesen war, de se procurer une preuve littérale.

[1]) Das neueste philosophische Werk, das dieses Gebiet berührt, ist „Die Philosophie des Als Ob", herausg. von L. Vaihinger (Berlin 1911). Für den Juristen konnte hauptsächlich Kap. V und XXX des 1. Teils in Betracht. Es verdient der Satz hervorgehoben zu werden S. 48: „Die praesumtio ist eine Vermutung, die fictio ist eine absichtliche bewußte Erfindung". Dort wird auch die praes. als juristische Hypothese bezeichnet.

in der Beisetzung der Worte: wohl, vielleicht, vermutlich oder in der Frageform. Diese letztere Ausdrucksform weist auf eine sich in besonderer Hinsicht ergebende Bedeutung der Vermutung hin.

Wer eine Frage stellt, sucht nach einer Antwort. Einem Wirrsal von Tatsachen gegenüber hat die Vermutung zunächst eine ordnende Wirkung.[2]) Die Vermutung weist an, in welcher Richtung sich eine forschende Denktätigkeit bewegen soll. Sie dient dem Fortschritt von Ungewißheit zur Gewißheit.

Im allgemeinen ist über die Prüfung, ob eine Vermutung im konkreten Fall zutrifft und welche Bedeutung sie hat, das Nachstehende zu sagen. Manche Vermutung, aufgestellt bei vorläufiger Betrachtung, wird sich bei sorgfältiger Prüfung zur Gewißheit verdichten. Manche wird bloß Vermutung bleiben und keinen stärkeren Ueberzeugungsgrad erreichen. Manche Vermutung wird sich als haltlos erweisen. Die Vermutungen werden verschieden stark sein. Je mehr Gründe für eine Vermutung sprechen, desto größere Wahrscheinlichkeit für eine Annahme erbringt sie. So ist Tancreds Einteilung in praesumtiones temerariae, probabiles, violentae und necessariae zu verstehen. Da, wo nun eine ganz vage Vermutung vorhanden ist, die selten zutrifft, wo regelmäßig die Gründe gegen eine solche überwiegen, da spricht man nicht von einer Vermutung. Ebensowenig kann man von Vermutung sprechen, wo Gewißheit herrscht. Das assertorische oder gar apodiktische Urteil ist etwas anderes als das problematische. Mit anderen Worten kann man auch sagen: unbedingt gültige wie unbedingt ungültige Urteile sind keine Vermutungen, dagegen alle Vermutungen bedingt gültige Urteile. Zwischen den beiden Gegensätzen nun gibt es alle Grade der Wahrscheinlichkeit. Die Grenzen sind alle flüssig.[3]) Was Wahrscheinlichkeit ist, läßt sich nicht in bestimmte logische Regeln bannen.

2. Diese allgemeinen Sätze werden nirgends bestritten. Was läßt sich nun daraus für die juristische Bedeutung der tatsächlichen Vermutung ableiten?

Zunächst ist daran festzuhalten, daß die obigen Sätze jeden-

---

[2]) Die Vermutung hat heuristische Funktionen; vgl. Vaihinger, Philos. des AlsOb. S. 54 ff.

[3]) So Heusler, ArchZivPrax. 62 221 ff., der sich auf den Satz von Lotzes Logik stützt: „Die genauere Abschätzung derjenigen Wahrscheinlichkeiten, die auf den mehr oder minder bekannten Zusammenhang gegebener Tatbestände sich gründen, entzieht sich den allgemeinen Anweisungen der Logik“; ebenso Wendt, ArchZivPrax. 63 256.

falls zutreffen auf die tatsächliche Vermutung. Die tatsächliche Vermutung ist das Vorbild der rechtlichen, denn die rechtliche Vermutung wird in der Mehrzahl der Fälle entstehen aus der tatsächlichen dadurch, daß diese durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht anerkannt wird. Inwieweit die allgemeinen Grundsätze von der Vermutung auf die rechtliche Anwendung finden, berührt hier nicht.

Die tatsächliche Vermutung aber ist nicht vom Gesetz geregelt, sie folgt lediglich den im Eingang des Paragraphen angeführten allgemeinen (logischen und Erfahrungs-)Grundsätzen.

Es hieß nun da, die Vermutung diene dem Fortschreiten von Ungewißheit zur Gewißheit. Damit ist die Begründung dafür gegeben, daß die tatsächliche Vermutung ins Gebiet des Beweises gehöre.

Die Vermutung ist ferner als problematisches Urteil bezeichnet worden. Sie stellt sich also dar als Denkform. In der Tat hat sie auch nur diese Bedeutung. Der Inhalt dieser Form hat sich in der kasuistischen Erörterung immer als ein Erfahrungssatz dargestellt. Es wurde in der kasuistischen Erörterung gezeigt, daß die tatsächliche Vermutung sich immer als prägnante Formel für Erfahrungssätze ansprechen läßt.

Jedoch treten nicht alle Erfahrungssätze in der Form von Vermutungen auf. Die ganz sicheren und die ganz unsicheren scheiden aus. Nur solche Erfahrungssätze, die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit begründen, können als Vermutungen formuliert werden. Ihr charakteristisches Merkmal ist die ausdrückliche Betonung der Bedingtheit ihrer Gültigkeit. Das entspricht dem, was der erste Teil der Arbeit zeigte, daß jede tatsächliche Vermutung nur gilt bis zu erbrachtem Gegenbeweis. Dies ist die prozessuale Folge dieser Bedingtheit.

3. Es erübrigt sich, nun noch einige Fragen, die nicht ohne weiteres im kasuistischen Teil eine Beantwortung finden konnten, genauer zu erörtern.

§ 24.

Einer solchen besonderen Betrachtung ist zunächst bedürftig das Verhältnis von tatsächlicher Vermutung und Gegenbeweis.

1. Der gemeinrechtliche Prozeß hatte eine ausgebildete Theorie vom Gegenbeweis. Unsere Zivilprozeßordnung erwähnt den Gegenbeweis mit keinem Wort, ja ist sogar sorg-

sam bemüht, den Ausdruck aus der Gesetzessprache fernzuhalten. Die Motive zum Entwurf der ZPO.[4]) sagen: „Mit der Beweisverbindung des Entwurfs ist der Begriff des Gegenbeweises in gemeinrechtlichem Sinn unvereinbar. Dieser Begriff hat nur Bedeutung und Berechtigung in einem Verfahren, welches das Beweisinterlokut des gemeinen Rechts oder der hannoverschen PrO. adoptiert hat: nur in einem solchen Verfahren kann einer Beweisführung formell eine Gegenbeweisführung entgegentreten, nur in einem solchen Verfahren ist eine Theorie der Gegenbeweisführung, wie sie sich im gemeinen Prozeßrecht entwickelt hat, möglich und angebracht."

Trotzdem also die ZPO. den Gegenbeweis nicht kennen will, taucht dieser Begriff in einer Reihe von Reichsgerichtsentscheidungen,[5]) namentlich zu §§ 292, 416, 446 ZPO. auf. In vielen Beweisbeschlüssen steht das Wort „Gegenbeweis" oder schöner „gegenbeweislich".

Die Lehrbücher des Prozeßrechts sprechen vom Gegenbeweis, wenn sie von den verschiedenen Arten des Beweises handeln.[6])[7])

4. Der gemeinrechtliche „Gegenbeweis" hat sich gebildet im Anschlusse an das besondere gemeinrechtliche Beweisverfahren, das gekennzeichnet wird durch das Beweisinterlokut.[8])

Der gemeine[9]) Prozeß hatte sein besonderes Merkmal, was das äußere Verfahren anlangte, in der Trennung des Beweis-

---

[4]) Hahn, Materialien 2. Aufl. S. 267.

[5]) Abgesehen von den oben in dem kasuistischen Teil Aufgeführten.

[6]) Kleinfeller, Lehrbuch d. ZPr. (1910) § 90; Schmidt S. 493, 515, 529, 534; Seuffert, Komm. zu § 292; Gaupp-Stein, Komm. zu § 292.

[7]) Bei Stölzel, Schulung f. ZivPrax. (1909) 1 93 und Planck, Lehrb. d. d. Zivilproz. (1891) 2 § 107 III wird die Beibehaltung der Begriffe Haupt- und Gegenbeweis für unbedenklich und vorteilhaft erklärt; Wach, Vorträge S. 159.

[8]) Ueber das Beweisinterlokut die bekanntesten gemeinrechtlichen Prozeßlehrbücher: Wetzell, System des ordentl. Zivilproz. S. 818; v. Bayer, Vorträge (1869) §§ 218, 219, 230, 231; Endemann, Das deutsche Zivilprozeßrecht (1868) S. 596, 597, 599, 670, 680; Martin, Lehrbuch des deutsch. gem. bürg. Proz. (1838) 12. Aufl. § 135; v. Linde, Lehrbuch d. gem. Zivilpr. 6. Aufl. (1843) §§ 238 ff.; Hefftter, System des römischen und deutsch. Ziv.-Proz. (1843) §§ 309 ff.; Schmid, Handbuch des gem. deutschen Zivilpr. (1843) 2 §§ 121 ff.; Renaud, Lehrbuch d. gem. d. Zivilpr. (1867) § 209.

[9]) Soweit überhaupt noch ein gemeiner Prozeß existierte. Nur noch in der Theorie ließ sich eigentlich zur Zeit, da unsere heutige ZPO. vor der

verfahrens von dem übrigen Rechtsgang. Das erste Verfahren, auch Periode des ersten Schriftwechsels genannt, diente zur Feststellung des status causae et controversiae nach der Eventualmaxime. Kläger und Beklagte hatten alles vorzubringen, was sie an Behauptungen vorzubringen hatten. Es wurde festgestellt, was zugegeben und was bestritten wurde. Erledigte sich der Prozeß, ohne daß Tatsachen streitig blieben, wurde das Endurteil gefällt. Sonst wurde durch Beweisinterlokut das Beweisverfahren eingeleitet.

Das Beweisinterlokut regelte das Beweisthema, die Beweislast und die Beweisfrist[10])

Das Beweisinterlokut war ein Zwischenurteil, das der Rechtskraft fähig war und selbständig angefochten werden konnte.[11])[12])

Türe stand, von einem gemeinen Prozeß reden. Jedoch hatten die partikularen Prozesse übereinstimmende Prinzipien, wenn auch in Einzelheiten sie manchmal weit auseinandergingen. Ueber die partikularen Gesetzgebungen vgl. Endemann, Das deutsche Zivilpr.-Recht (1808) § 10, wo eine Aufzählung der neueren Prozeßgesetze gegeben ist; auch Mittermaiers Berichte über den jeweiligen Stand der Prozeßgesetzgebung im ArchZivPrax. von Band I ab. Ueber die älteren Prozeßordnungen ist eine vollständige Nachweisung bei Linde, Lehrbuch d. gem. ZivPr. (1843) § 29. Eine scharfe Kritik des gemeinen Prozesses bei v. Bar, Recht und Beweis im Zivilprozesse (1867).

[10]) Obwohl die badische bürgerliche Prozeßordnung vom 18. III. 1864 das Beweisinterlokut nur noch in abgeschwächter Form als prozeßleitende Verfügung, ähnlich dem heutigen Beweisbeschluß, kennt, können ihre Vorschriften über das Beweiserkenntnis immer noch zitiert werden als Beispiel eines partikularen Prozesses mit Zäsur des Verfahrens durch Beweisinterlokut:

§ 376 lautet

Sind am Schlusse des ersten Verfahrens erhebliche Tatsachen zwischen den Parteien noch streitig und unerwiesen, so hat das nun auszusprechende Beweiserkenntnis

1. den Beweissatz so zu bestimmen, daß die zu erweisenden Tatsachen speziell angegeben werden,
2. auszusprechen, welche Partei den Beweis zu übernehmen hat, und
3. eine gemeinschaftliche Frist für beide Teile zur Antretung aller ihrer Beweise festzusetzen. Der Rechtsnachteil der Versäumung besteht in dem Ausschlusse aller nicht vorgeschlagenen Beweise.

Es entspricht dieser Paragraph beinahe wörtlich und jedenfalls dem Sinne nach dem § 393 der Bad. Prozeßordnung vom 31. XII. 1831.

[11]) Ueber die Zweckmäßigkeit der Regel, daß das Beweisinterlokut in Rechtskraft erstehen könne, wurde gestritten. ArchZivPrax. 1 368; 6 161 ff. Für die neueste Zeit: Bayer, Vorträge § 230 ff.

[12]) Die Bad. Prozeßordnung von 1864 schreibt vor:

§ 386.

Im Beweiserkenntnis darf dasjenige, was im Fall des gelieferten oder

Der Beweis infolge Beweisinterlokuts war der „aufgelegte Beweis“ im Gegensatz zum „freiwilligen oder antizipierten Beweis.“

Nach gemeinem Recht war es den Parteien gestattet den Beweis zu antizipieren, d. h. ohne das Beweisinterlokut abzuwarten, den Beweis schon im ersten Verfahren anzutreten. Dies konnte durch alle Beweismittel sogar durch Eidesdelation oder durch Auferlegung eines richterlichen Eides geschehen.

War das Beweisinterlokut rechtskräftig, so begann die Beweisführung.[13]) Das Beweisthema konnte von dem Beweisführer, dem Produzenten, zergliedert werden in einzelne Tatsätze, der Beweis konnte auch auf andere Tatsachen gerichtet werden, von denen aus ein Schluß erlaubt war auf das Beweisthema, sogenannter artifizieller oder künstlicher Beweis. Neue Tatsachen einzuführen, war nicht erlaubt.

Das ganze Verfahren brachte es mit sich, daß die Beweisführung in zwei Hauptteile sich trennte, in den Beweis des Klägers und in den des Beklagten. Im ersten Verfahren waren alle tatsächlichen Behauptungen aufgestellt worden, die aufzustellen waren. Die Eventualmaxime hatte dazu gezwungen. Durch das Beweisinterlokut war, wenn es richtig, d. h. nicht allgemein, sondern speziell, gefaßt war, rechtskräftig, für Parteien und Richter unabänderlich, die Summe von zu beweisenden Tatsachen festgesetzt. Durch die Beweislastregelung war bestimmt, wer die Tatsachen zu beweisen hatte. Es handelte sich nun darum, ob der Beklagte verurteilt oder von der Klage absolviert

---

nicht gelieferten Beweises in der Sache selbst erkannt werden soll, nicht ausgesprochen werden, sondern dasselbe schließt mit den Worten:

„worauf weiter ergehen wird, was Rechtens ist“.

Dem Erkenntnis sind Gründe beizufügen.

§ 387.

Gegen das Beweiserkenntnis findet kein Rechtsmittel statt; . . .

§ 388.

Der Richter selbst ist befugt, bei Fassung des Endurteils von der dem Beweiserkenntnisse zugrunde liegenden Ansicht wieder abzugehen, um einer anderen Ueberzeugung zu folgen, oder, wenn er im Laufe des Beweisverfahrens eine Aenderung in der Beweisauflage für nötig hält, mit Unterbrechung der weiteren Verhandlung auf diese zu erkennen.

Aus den angezogenen drei Paragraphen läßt sich der Kampf der Meinungen erkennen um die richtige Gestaltung des Beweisinterlokuts.

[13]) Auch innerhalb dieses Verfahrens gab es wieder besondere Abschnitte: Beweisantretungsverfahren mit Relevanzbescheid, Produktionsverfahren, Beweisaufnahme und Schluß- oder Hauptverfahren.

werden würde. Gelang demjenigen, dem die Beweislast zufiel, der Beweis, so wurde zu seinen Gunsten entschieden. In den besten Zeiten der legalen Beweistheorie war dies eigentlich nur ein Rechenexempel. Was der Beweisbelastete tat, das war die eigentliche ordentliche, die Hauptbeweisführung. Alles, was der Gegner unternahm, war Gegenbeweisführung. Es wurde dem Gegner immer zugestanden, einen Gegenbeweis zu führen, auch ohne daß es ausdrücklich im Beweisinterlokut vermerkt war. Das Recht der Verteidigung stand aber dem Angegriffenen natürlicherweise zu. Nur der sogenannte selbständige Gegenbeweis wurde ausdrücklich auferlegt. Von selbständigem im Gegensatz zum vorbehaltenen Gegenbeweis sprach man, wenn im ersten Verfahren die Hauptbeweistatsachen durch Antizipation des Beweises bereits zu juristischer Wahrheit gebracht, liquid gestellt worden waren oder eine Rechtsvermutung für den Hauptbeweisführer bestand. In diesen Fällen wurde der Gegenbeweis mit speziell normiertem Beweissatz ausdrücklich auferlegt, sonst wurde entweder „salva reprobatione" auf Beweis interloquiert oder aber der Gegenbeweis stillschweigend vorbehalten. Der Gedanke,[14]) der sich in der Trennung des Beweisverfahrens vom übrigen Verfahren aussprach, nämlich der, der Reihe nach zu verfahren, jede einzelne Prozeßhandlung durch richterliches Dekret zuzulassen und Schritt für Schritt vorzugehen; der Gedanke beherrschte auch das Beweisverfahren als solches. Jede einzelne Beweishandlung, Beweisantretung, Beweisproduktion, Beweiseinrede, Hauptbeweis, Gegenbeweis wurde in besonderem in sich abgeschlossenen Verfahren vorgenommen. Die einzelnen Verfahren wurden logisch aneinandergegliedert — der Gegenbeweis kam erst nach dem Hauptbeweis —, was freilich nicht hinderte, daß das Verfahren insgesamt auseinandergerissen wurde.

Diese Trennung von Beweis und Gegenbeweis, die beide naturgemäß zusammengehören, da sie zusammen ein Ganzes machen, indem sie Gründe und Gegengründe für ein- und dieselbe Behauptung beibringen und deshalb auch nur zusammen gewürdigt werden können, war unnatürlich.

Dazu kam noch, daß die ältere Praxis,[15]) zum Teil wohl auch die jüngste, überhaupt unter Gegenbeweis alles das verstand,

[14]) Wetzell a. a. O. § 70 spricht geradezu von dem im gem. Prozeß herrschenden Prinzip der Reihenfolge.

[15]) Mittermaier, ArchZivPrax. 6 349.

was im Hinblick auf das letzte Ende jeden Prozesses, auf die klagabweisende oder verurteilende Endentscheidung, als Verteidigung des Beklagten erschien. Darunter fielen also auch Einreden.

Trotzdem gelangte die Theorie schon früher zu richtiger Erkenntnis des Wesens des Gegenbeweises[16]) und seit Gönners Handbuch wurde seine Lehre, die als richtig anerkannt werden muß, allmählich herrschend.[17]) Gönner knüpfte an die hergebrachte Einteilung in direkten und indirekten Gegenbeweis an. Diese Einteilung beruhte auf der oben erwähnten Betrachtung des Gegenbeweises im Hinblick auf die Endentscheidung. Direkter Gegenbeweis wurde genannt der Beweis, der auf die Unwahrheit dessen, was der Beweisführer zu beweisen suchte, gerichtet war.[18]) Indirekt hieß hingegen der Gegenbeweis, wenn er sich auf Umstände richtete, die eine dem Gegenbeweisführer günstige Entscheidung selbst dann begründeten, wenn der Hauptbeweis auch gelungen war.[19]) Gönner trennt dann nun den Gegenbeweis in den eigentlichen und uneigentlichen. Der eigentliche ist der direkte Gegenbeweis, den uneigentlichen oder indirekten aber will er Einredebeweis genannt wissen.[20])

Diese Einteilung blieb,[21]) meistens jedoch wurde trotz Gönner die unklare Bezeichnung direkter und indirekter Gegenbeweis beibehalten. Jedoch die Lehre vom Gegenbeweis bezog sich immer nur auf den eigentlichen oder direkten Gegenbeweis. Dabei wurden noch die Beweiseinreden aus dem Gegenbeweis ausgeschlossen, da die Beweiseinreden, der Gegenbeweis gegen die Beweismittel des Hauptbeweisführers, ein besonderes Verfahren wiederum mit Haupt- und Gegenbeweis erfordern, wobei der, der

---

[16]) Gönner, Handbuch des gem. Prozesses (1804) 2 336 Anm. a.

[17]) Ueber die historische Entwicklung Mittermaier, ArchZivPrax. 6 342 ff.; Fitting, Haupt- und Gegenbeweis, § 12 (mit weiteren Nachweisungen).

[18]) Gönner a. a. O. 2 337.

[19]) Gönner a. a. O. 2 337 sagt: „Der direkte Beweis bezieht sich auf das faktische Vorbringen des Gegenteils (Behauptungen), der indirekte auf Ansprüche; beide sind also im Gegenstande und im Zwecke so wesentlich verschieden, daß es unmöglich ist, sie als Arten (species) einer Gattung (genus) zu betrachten".

[20]) Gönner a. a. O. 2 346 ff.

[21]) Renaud a. a. O. § 100 ist gegen diese Einteilung, ebenso Bayer a. a. O. § 236.

die Beweiseinreden vorbrachte, den Hauptbeweis zu führen hatte.[22])

Ueber den eigentlichen Gegenbeweis wurde folgendes vorgetragen.[23])

a) Das Gegenbeweisverfahren ist gleich dem Hauptbeweisverfahren. Der Gegenbeweis kann direkt oder künstlich geführt werden; je nachdem ist dann von einem unmittelbaren oder einem mittelbaren direkten Gegenbeweis zu reden. Ein Beispiel des mittelbaren direkten Gegenbeweises ist die sogenannte exceptio alibi.[24])

b) Der Gegenbeweis braucht nicht normiert zu werden im Beweisinterlokut; daß der Gegenbeweis geführt werden darf, liegt in der Natur der Sache.[25])

c) Zulässig ist der Gegenbeweis gegen einen Hauptbeweis grundsätzlich immer. Dieser Grundsatz leidet jedoch Ausnahmen, nämlich gegenüber Beweismitteln, welche vermöge ihrer Natur keinen Gegenbeweis dulden.[26]) Es werden als solche aufgezählt der Eid, gehöriger Augenschein. Ferner ist der Gegenbeweis unzulässig, wenn er durch Gesetz ausgeschlossen ist (Fiktionen).[27]) Ebenso ist Gegenbeweis unzulässig gegen Notorietät.[28])

d) Unzulässig ist der Gegenbeweis gegen einen Gegenbeweis. Reprobatio reprobationis non datur. Dieser Satz hängt mit dem Verfahren des gemeinen Prozesses eng zusammen, und zwar mit dem Eventualprinzip. Das Eventualprinzip galt nicht nur im ersten Verfahren, sondern auch im Beweis-

---

[22]) Endemann a. a. O. § 211 B; Wetzell a. a. O. S. 195.

[23]) Ueber den Gegenbeweis insbesondere außer Gönner: Mittermaier, ArchZivPrax. 6 342; Schmid, Handbuch § 117; Bayer, Vorträge, § 235 ff.; Bolgiano, ArchZivPrax. 59 205 ff.; ZZP. 3 196 ff.; Stabel, Institutionen des französ. Zivilrechts § 161; Linde, Lehrbuch, §§ 236, 244 mit Angaben älterer Literatur; Renaud a. a. O. § 101; Fitting, Ueber den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis, Diss. Erlangen 1853; Bethmann-Hollweg, Versuche der Theorie d. Zivilpr. (1827), S. 369 ff.

[24]) Gönner a. a. O. 2 340.

[25]) Bayer a. a. O. S. 768; Schmid a. a. O.

[26]) Bayer a. a. O. S. 766.

[27]) Auch gegen eine praesumtio iuris et de iure lassen einen beschränkten Gegenbeweis zu Schmid, Handbuch 2 214, 215; Linde, Lehrbuch § 255 und dort Anm. 11 Zitierte.

[28]) Bolgiano, ArchZivPrax. 59 207; im einzelnen sind Meinungsverschiedenheiten vorhanden z. B. Endemann a. a. O. S. 704; Heffter a. a. O. § 392.

verfahren.[29]) Deshalb war der Hauptbeweisführer wie überhaupt jede Partei bei jedem Beweisabschnitt gezwungen, alle Beweismittel in omnem eventum zu produzieren. Diesem Grundsatz entspricht es nun, daß gegen einen Gegenbeweis nicht wieder ein Gegenbeweis zugelassen wird, denn dieser zweite Gegenbeweis wäre nichts anderes als ein nachgeholter Hauptbeweis; das aber ist zufolge der Eventualmaxime nicht zulässig. Dies ist der wahre Grund des Satzes reprobatio reprobationis non datur.[30]) Unrichtig ist die Ansicht Bolgianos,[31]) daß die Regel auf dem Grundsatz beruhe, daß dem Angegriffenen das letzte Wort gebühre. Dem Angegriffenen mag das letzte Wort vielleicht gelassen werden müssen; warum ihm der letzte Beweis gestattet sein muß, ist nicht einzusehen.

e) Zulässig ist der Gegenbeweis gegen eine Rechtsvermutung (praesumtio iuris).

f) Der Gegenbeweis kann mit allen Beweismitteln geführt werden, mit Ausnahme der Eidesdelation.[32]) Der Grund für dieses Verbot wird allgemein darin erblickt, daß dem Probanten nicht zugemutet werden kann, das, was er bewiesen hat, auch noch beschwören zu sollen.[33]) Der geführte Hauptbeweis dient immer als Gewissensvertretung, probatio pro exoneranda conscientia, anstatt des vom Gegenbeweisführer zugeschobenen Schiedseides. Wohl aber ist Eideszuschiebung im Gegenbeweis erlaubt, wenn derselbe künstlich geführt werden soll, mithin das Thema des Hauptbeweises von dem des Gegenbeweises (Indizien) verschieden ist. Ferner ist der Eidesgegenbeweis gegen Rechtsvermutungen gestattet, weil der, für den eine Vermutung streitet, nicht eigentlich etwas bewiesen hat, sondern die Vermutung nur ein Beweisersatz ist.[34])

[29]) Endemann § 208 a. a. O.

[30]) Schmid a. a. O. 2 142 bei Anm. 38; Gönner a. a. O. 2 343; Bayer a. a. O. § 236 VI; Fitting a. a. O. S. 66.

[31]) Bolgiano, ArchZivPrax. 59 213; Abhandlungen S. 204, 205.

[32]) Schmid a. a. O. 2 141; Bayer a. a. O. § 237 V; Renaud a. a. O. S. 238; bei künstlichem Gegenbeweis ist Eideszuschiebung gestattet; SeuffArch. 24 Nr. 280.

[33]) Das gem. Recht stützt sich vornehmlich auf cap. 2 X de prob. 2, 19: Sane quoniam apud vos consuetam esse didicimus, ut cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis aut testibus, ei sacramentum nihilominus defertur — nos, cum tum demum ad huiusmodi suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscantur, talem consuetudinem reprobamus.

[34]) Bayer a. a. O. § 237 V; Bolgiano, ArchZivPrax. 59 209. Die Bad. Prozeßordnung von 1864 bestimmte in § 529:

Sonstige Streitfragen über den Gegenbeweis und ihre Regelung, namentlich über die Gegenbeweisfrist und über die Kollision von Haupt- und Gegenbeweis,[35]) haben für den heutigen Prozeß keine Bedeutung mehr.

Der Einredebeweis wurde völlig als Hauptbeweis behandelt nach der Maxime excipiendo reus fit actor. Im Hinblick auf die aus der Natur der Sache sich ergebende Regel, daß bei mißlungenem Hauptbeweis das Ergebnis sowohl des Gegen- wie des Einredebeweises gleichgültig ist, suchte man den Hauptbeweis in notwendigen und eventuellen zu unterscheiden, wobei unter letzterem der Einredebeweis verstanden werden sollte.[36]) Diese Einteilung ist aber bedeutungslos.

5. Die Motive zur Zivilprozeßordnung behaupten nun, wie schon angeführt, daß mit der Beseitigung des Beweisinterlokuts und der Einführung des Prinzips der Beweisverbindung sämtliche Sätze des gemeinen Rechts über den Gegenbeweis weggefallen sind. Die Motive sagen des weiteren a. a. O.: „Werden mit der Aufstellung der Behauptungen die Beweise angetreten und werden die Beweise aufgenommen, ohne daß entschieden wird, wem die Beweislast obliegt, so läßt sich zwar die Richtung der Beweisführung — ob ein Beweismittel zum Nachweis oder zur Widerlegung einer tatsächlichen Behauptung dienen soll — unterscheiden; allein darin liegt bekanntlich das Wesen des Gegensatzes zwischen Beweis und Gegenbeweis nicht.“ Das Wesen[37]) des Gegenbeweises liegt aber in der von den Motiven angeführten Alternative und aus dem oben Angeführten geht hervor, daß das gemeine Recht dieses Wesen bereits erkannt hat.

Allerdings treten alle Regeln, die mit dem Beweisinterlokut zusammenhängen, außer Anwendung im heutigen Prozeß, und Bolgiano[38]) geht mit seiner Uebertragung gemeinrechtlicher Ideen auf den heutigen Prozeß zu weit.

„Zur Führung des Gegenbeweises findet die Eideszuschiebung nicht statt, insofern Beweis und Gegenbeweis die nämlichen speziellen Tatsachen unmittelbar zum Gegenstande haben, wohl aber wider gesetzliche Vermutungen in den Fällen des L. R. S. 1352a.“

[35]) Bolgiano namentlich in sein. Zeitschr. für ZP. u. Pr. 7 305; 13 206; 14 37; 21 251; ArchZivPrax. 59 214 Anm. 7.

[36]) Schmid a. a. O. 2 136.

[37]) Betzinger 65; Hellwig S. 678.

[38]) ArchZivPrax. 59 207; gegen ihn Seuffert, Komm. z. ZPO. 11. Aufl. zu § 282.

Jedoch sind die gemeinrechtlichen Regeln mit Modifikationen auch noch heute anwendbar. Unbedingt weggefallen ist eigentlich nur die Vorschrift reprobatio reprobationis non datur.[39])

Spricht man heute von Haupt- und Gegenbeweis, so kann man unter Beweis nur Beweisführung verstehen. Den Sinn von Nachweis, Beweisergebnis kann das zweite Wort in Haupt- bzw. Gegenbeweis nicht haben, denn beim Nachweis kann ein solcher Unterschied nicht gemacht werden.

Die Hauptbeweisführung ist die Beibringung von Gründen für, die Gegenbeweisführung von Gründen gegen eine Behauptung. Diese Begriffsbestimmung ist unabhängig von der Verteilung der Beweislast.[40])

Vom Gegenbeweis zu unterscheiden ist der Einredebeweis sowie der Beweis der sogenannten Beweiseinreden.[41]) Der Gegenbeweis hat seine Bedeutung darin, daß er mit dem Hauptbeweis zusammen sich auf dasselbe Ziel richtet und daß er eine Ueberzeugung nur zu verhindern hat. Der Hauptbeweis sucht die Richtigkeit einer Behauptung nachzuweisen, der Gegenbeweis sucht zu verhindern, daß die Richtigkeit dieser selben Behauptung zur Ueberzeugung des Richters gebracht werde.

Der Einredebeweis dagegen richtet sich auf eine Tatsache, die die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer in einem andern Beweisverfahren erhärteten Tatsache unberührt läßt, vielmehr nur die Wirkung hat, daß die erste Tatsache neben der Einredetatsache nicht zur Geltung kommen kann, sondern gleichgültig bleibt. Während der Gegenbeweis geführt werden muß, damit der Hauptbeweis nicht gelingt, muß der Einredebeweis geführt werden, wenn der erste Beweis gelungen ist. Der Einredebeweis ist selbst wiederum ein Hauptbeweis, und zwar ein, wenn man von der regelmäßigen Ordnung des Verfahrens ausgeht, zweiter oder eventueller Hauptbeweis.[42])

---

[39]) Förster u. Engelmann, Komm. z. ZPO. (1902) Anm. 8 z. § 282. Ein verspäteter Beweis kann allerdings zurückgewiesen werden. §§ 374, 433 ZPO.

[40]) Fitting S. 53; dagegen Heusler, ArchZivPrax. 62 214.

[41]) Betzinger S. 65; Hellwig S. 678.

[42]) Kleinfeller, Lehrbuch Prozeßr. § 89 Anm. 13 meinte, der Gegenbeweis setze begrifflich einen vorangegangenen Hauptbeweis voraus. Allein schon der gem. Pr. gestattete eine Umkehrung der Reihenfolge der Prozeßhandlungen. Sowohl Einrede- wie Gegenbeweis können antizipiert werden.

Der Beweis der sogenannten Beweiseinreden muß jedenfalls aus dem Gegenbeweis ausgeschaltet werden. Hier handelt es sich um Hilfstatsachen des Beweises. Diese erfordern ein eigenes Beweisverfahren mit Haupt- und Gegenbeweis.

Wenn man daran festhält, daß auch der Einredebeweis wie der Beweis von Hilfstatsachen ein Hauptbeweis ist, so muß man die Ansicht ablehnen, als ob der Hauptbeweis durch die Beweislast bestimmt würde.[43]) Der erste oder absolute Hauptbeweis, der für jedes Verfahren wesentlich ist, wenn ein non liquet droht, der liegt allerdings dem Beweisbelasteten ob. Nicht aber, weil er dem Beweisbelasteten obliegt, ist es ein Hauptbeweis.[44]) Es wäre diese Betrachtungsweise ungenau.

Obgleich nun Regeln über Haupt- und Gegenbeweis in der ZPO. nicht enthalten sind, werden doch obige Grundsätze allgemeiner Art als dem Wesen des Beweises anerkannt werden müssen. Demnach gelten sie auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anerkennung. Daraus lassen sich dann Einzelfolgesätze ableiten. Das gemeine Recht kann dabei als Hilfsmittel zur Erkenntnis dieser Sätze dienen.

6. Das Thema der Arbeit verbietet auf alle Einzelheiten einzugehen (z. B. Gegenbeweis gegen Urkunden, offenkundige Tatsachen u. a. m.). Nur was den Gegenbeweis gegen Vermutungen berührt, soll im folgenden kurz zusammengestellt werden, unter Hervorhebung einiger sonstiger wesentlicher Punkte.

a) Das Gegenbeweisverfahren unterliegt denselben Regeln wie das Hauptbeweisverfahren. Es gibt so auch einen unmittelbaren und einen mittelbaren Gegenbeweis.

b) Zulässig ist der Gegenbeweis grundsätzlich immer,[45]) [46]) denn das hängt mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs zusammen. Nur dann ist Gegenbeweis nicht gestattet, wenn er ausdrücklich verboten ist, so z. B. beim Eid.

---

[43]) So Wach, Vorträge (2. Aufl.) S. 212.

[44]) Das Umgekehrte ist der Fall, weil eine Partei den Hauptbeweis zu führen hat, deshalb liegt ihr die Beweislast ob; vgl. unten Nr. 6 f.

[45]) Z. B. ist Gegenbeweis auch gegen Notorität zulässig unter heutigem Prozeßrecht.

[46]) J. W. Planck, Lehrbuch 2 172; Förster, Engelmann, Komm. Anm. 8 zu § 282. Laurent, Principes de Droit Civil (1878) 19, 79, 635: il est done de l'essence d'une preuve qu'elle puisse être combattue.

c) Reprobatio reprobationis non datur, dieser Satz gilt nach dem Falle der Eventualmaxime nicht mehr.[47]) Es gibt also auch einen Gegenbeweis gegenüber Gegenbeweis. Dieser Gegenbeweis zweiter Ordnung ist nun nicht ein Hauptbeweis, weil er von dem geführt wird, der den Hauptbeweis geführt hat oder zu führen hat. Es ist vielmehr eigentlicher Gegenbeweis, dem der Gegenbeweis erster Ordnung gegenübersteht wie diesem der Hauptbeweis. Dies zeigt sich daran, daß auch die reprobatio reprobationis nur die Entstehung einer Ueberzeugung zu hindern braucht, nicht selbst ein positives Ergebnis erfordert.

d) Wenn nun also der Gegenbeweis gestattet ist gegen eine tatsächliche Vermutung, so ist dabei hervorzuheben, daß das gar nichts Besonderes ist. Der Gegenbeweis ist ja grundsätzlich immer zulässig. Daraus, daß dies auch gegenüber einer tatsächlichen Vermutung der Fall ist, kann also nicht geschlossen werden, daß die tatsächliche Vermutung einer Ausnahmeregelung unterliege.

Was heißt, der Gegenbeweis ist gestattet gegenüber der Vermutung? Wenn es sich wirklich um einen Gegenbeweis handelt, so ist in der Vermutung der Hauptbeweis zu sehen. Die tatsächliche Vermutung ist also gleichgestellt dem Ergebnis eines Hauptbeweises. Mit andern Worten, wenn die Hauptbeweisführung dazu gekommen ist, die Vermutung von der Richtigkeit einer Tatsache zu begründen, so ist dagegen immer noch der Gegenbeweis zulässig. Man käme also zu dem Ergebnis. Es gibt 1. Gewißheit als Ergebnis des Hauptbeweises, 2. Vermutung. Gegenüber beiden ist aber der Gegenbeweis zulässig. Schon daß beide Arten von Ergebnis des Hauptbeweises derselben Regel unterliegen, zeigt, daß die Unterscheidung wenig Bedeutung hat. Ferner ist aber oben gezeigt worden, daß eine Unterscheidung zwischen Gewißheit und Wahrscheinlichkeit nicht zu machen ist, daß das höchste, was im Prozeß gefordert werden kann, ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit ist, weiter, daß die Vermutung eben die geringere Wahrscheinlichkeit bedeutet. So kommt man auch auf diesem Wege wieder dazu: Die Vermutung als Beweisergebnis unterscheidet sich nur dem Grade, nicht der Art nach, von anderen nicht als Vermutung bezeichneten Beweisergebnissen. Merkmale der Unterscheidung ließen sich bisher nicht aufstellen.

[47]) Damit hauptsächlich hat der Begriff des Gegenbeweises an Bedeutung verloren und das ist der Hauptunterschied zum gemeinen Recht.

e) Eine Besonderheit der tatsächlichen Vermutung scheint sich aber aus dem folgenden zu ergeben.

Der Gegenbeweis kann mit allen Mitteln geführt werden und ist an sich unbegrenzt zulässig. Eine Selbstverständlichkeit ist es, wenn in der Praxis Gegenbeweise als unzulässig abgelehnt werden, die selbst dann, wenn sie gelängen, die Ueberzeugung des Richters vom Gegenteil nicht erschüttern könnten. Ueberflüssige Beweise sind unzulässig.[48])

Eine Ausnahme[49]) macht aber wie im gemeinen Recht der Gegenbeweis durch Eideszuschiebung. § 446 ZPO. schreibt vor: „Die Eidenszuschiebung über eine Tatsache, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig." § 292 ZPO. gestattet nun ausdrücklich bei rechtlichen Vermutungen die Eidenszuschiebung zur Führung des Beweises des Gegenteils, und dies trotz § 446. Gegenüber tatsächlichen Vermutungen ist also Beweis des Gegenteils durch Eideszuschiebung verboten, bei rechtlichen Vermutungen ist er erlaubt;[50]) ein bemerkenswerter Unterschied, wenn er so bestünde.

Für das Gebiet des Gegenbeweises ist allerdings grundsätzlich durch § 446 ZPO. die Eideszuschiebung ausgeschlossen, jedoch nur dann, wenn sie eine Tatsache betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen hält. Es ist Sache der freien Beweiswürdigung, das Beweisergebnis zu bewerten. Von dieser Bewertung hängt aber auch die Anwendung des § 446 ab.

Es wäre also eine Beschränkung der freien Beweiswürdigung, wenn man schlankweg vorschriebe, gegenüber einer tatsächlichen Vermutung ist Eideszuschiebung unzulässig.

In Parenthese sei hier auf einen Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Gegenbeweis hingewiesen, der zeigt, daß diese Begriffe nicht unnötig beizubehalten sind. Der unmittelbare Gegenbeweis, dessen Thema also dasselbe ist, wie das des Hauptbeweises, unterliegt der oben besprochenen Vorschrift des § 446, dagegen der mittelbare Gegenbeweis nicht. Der mittelbare richtet sich zunächst auf In-

---

[48]) JW. 97 604 [14]; LZ. 5 460; WarnJahrb. 10 404 Anm. 4 zu § 286 ZPO. (mit weiteren Nachweisungen).

[49]) Analoge Ausdehnung ist nicht zulässig, denn dies würde der Regel widersprechen, daß grundsätzlich Gegenbeweis allgemein zulässig ist; vgl. RG. 24 336 (§ 446 ist nicht auf analoge Fälle auszudehnen).

[50]) So Hüppner, SächsArch. 1 642; Rosenberg S. 92/3, wohl auch Hedemann S. 128/9, 210.

ziehten, also auf ein anderes Thema, als das des Hauptbeweises ist. Diese Inzichten können nun, unbeeinflußt von der Vorschrift des § 446, durch Eideszuschiebung und demnächst folgenden Schiedseid bewiesen werden.[51])[52])

Die Bedeutung des § 411 ZPO. a. Fassg. (§ 446) beleuchtet treffend ein Urteil des RG. (RGE. 5 429). Dort heißt es, wenn weder die Wahrheit noch die Unwahrheit des geleugneten Parteivorbringens dargetan sei, dann berechtige „sogar die äußerste Unwahrscheinlichkeit der Parteibehauptung" den Richter nicht, die Eideszuschiebung für unstatthaft zu erklären. Gerade aber dieses non liquet in bezug auf den Nachweis einer Parteibehauptung, das wird durch die Vermutung nach irgend einer Seite zu einem Nachweis gemacht. Wenn aber es nur eine Vermutung ist, die eine Beweisführung zum Ende bringt, weil eben im Zivilprozesse eine Entscheidung getroffen werden muß, so ist nicht einzusehen, warum diese Vermutung dieselbe Kraft haben soll wie etwa ein zwingender Beweis übereinstimmender Zeugenaussagen. § 446 ZPO. könnte nur Anwendung finden bei ganz zwingenden Vermutungen (praesumptiones necessariae) etwa bei einem Falle wie ihn RGE. 52 23 ff.[53]) im Auge hat. Da es aber nicht zu leugnen ist, daß es Unterschiede in der Schlüssigkeit von Vermutungen gibt, so kann auch nicht allen tatsächlichen Vermutungen gegenüber der Eidesgegenbeweis ausgeschlossen werden.

Damit gelangt man auf den richtigen Kern der oben angeführten Ansicht. Es muß der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen werden, ob § 446 Anwendung finden soll oder nicht. Eine grundsätzliche Entscheidung zu treffen ist unmöglich.[54]) Wenn der Richter eine Vermutung im einzelnen Falle für so stark hält, daß er die Tatsache, für die die Vermutung spricht, als so wahrscheinlich gemacht ansieht, daß er sie für „erwiesen" hält, d. h. für gerade so sicher, wie wenn sie unmittelbar nachgewiesen worden wäre, dann mag § 446 Anwendung finden und der Gegenbeweis durch Eideszuschiebung ausgeschlossen sein.

---

[51]) SeuffArch. 41 Nr. 147.

[52]) Die Ansicht Kleinfellers (Lehrb. S. 349), daß direkter Gegenbeweis gleich Beweis des kontradiktorischen Gegenteils, indirekter Gegenbeweis gleich Beweis des konträren Gegenteils sei, ist gekünstelt.

[53]) Siehe oben § 4, 2.

[54]) So sind auch zu verstehen Stein S. 36; Betzinger S. 162.

f) Im Anschlusse an die vorstehende Erörterung muß eingegangen werden auf die Bedeutung des „Beweises des Gegenteils", der gemäß § 292 ZPO. gegenüber Rechtsvermutungen offen steht.

Ist der Beweis des Gegenteils ein Gegenbeweis im oben dargelegten Sinn?[55]) Die ZPO. hat keinen festen Sprachgebrauch. Neben Ausdrücken, wie „Widerlegung tatsächlicher Behauptungen" (§§ 282, 130[5], 359[3]), „Beweis der Unrichtigkeit" (§§ 415 II, 418 II) erscheint auch der „Beweis des Gegenteils" (§§ 167 II, 292, 446, 463 II, 464) als Ersatz für das peinlich vermiedene Wort „Gegenbeweis".[56]) Diese Ausmerzung des genannten Wortes und Begriffes aus der modernen Gesetzessprache hat nun zur Folge, daß in jedem einzelnen Fall geprüft werden muß, ob es sich um Gegenbeweis handelt oder nicht.

An und für sich bedeutet also „Beweis des Gegenteils" nicht mehr als Gegenbeweis, jedoch muß man für § 292 ZPO. (praes. iuris) zugestehen, daß wirklich das Gegenteil einer auf eine Rechtsvermutung sich stützenden Annahme bewiesen werden muß, daß es nicht nur gestattet ist, durch Gegenbeweis die richterliche Ueberzeugung zu erschüttern.

Burckhard weist dies (§ 32) schon für das gemeine Recht nach. Die bloße Möglichkeit des Andersseins, sagt er (S. 343), genüge nicht zur Entkräftung einer rechtlichen Präsumtion, der Gegenbeweis (!) könne nur auf das wirkliche Anderssein gerichtet werden. Die Gründe Burckhard's sind zutreffend. Es ist sicher, daß eine Vermutung, die vom Gesetzgeber anerkannt ist, nicht als in abstracto unrichtig nachgewiesen werden darf. Durch die legislatorische Anerkennung wird eben der Erfahrungssatz als solcher unangreifbar; es kann sich bei dem Beweise gegen die Rechtsvermutung[57]) nur um die Richtigkeit der Anwendung im Einzelfalle handeln. Da muß aber wirklich der Beweis des Gegenteils verlangt werden, denn daß die Möglichkeit des Gegenteils besteht, dessen war sich auch der Gesetzgeber bewußt. Es genügt also nicht, daß im Einzelfalle nur diese Möglichkeit nachgewiesen werde. Dies ist auch herrschende Meinung.

---

[55]) RG. braucht Ausdrücke synonym z. B. JW. 10 103[1].

[56]) Skonietzki-Gelpke, KommZPO. § 282 Anm. 3.

[57]) Der Beweis kann sich: 1. gegen die Voraussetzungen, 2. gegen die Schlußfolgerung für den Einzelfall richten. Hedemann § 48 I.

Wenn aber Beweis des Gegenteils verlangt wird, so kann auch nicht mehr die Rede davon sein, daß es sich überhaupt um einen Gegenbeweis handle (so nach Burckhard), sondern der gegen eine Rechtsvermutung zu führende Beweis ist Hauptbeweis.[58])

Es ergibt sich des weiteren daraus, daß die Vermutung in ihrem Wesen erheblich verändert wird, wenn sie rechtlich anerkannt wird. Ein wesentliches Merkmal der tatsächlichen Vermutung ist gerade ihre Anfechtbarkeit durch „Gegenbeweis". Die rechtlichen Vermutungen haben kaum mehr als die äußere Form gemeinsam mit den sogenannten tatsächlichen Vermutungen. Es bestätigt sich auf dem Wege dieser Ueberlegungen die Richtigkeit der Behauptung Hedemanns, daß es sich bei Rechtsvermutungen um Beweislastregeln handelt. Wem durch eine gesetzliche Vorschrift der Hauptbeweis einer Tatsache auferlegt wird, der hat die Beweislast für diese Tatsache.

Es läßt sich, nachdem die Wesensverschiedenheit der rechtlichen von der tatsächlichen Vermutung gezeigt worden ist, nichts aus der Charakterisierung der Rechtsvermutungen als Beweislastregeln herleiten gegen die Verweisung der tatsächlichen Vermutungen ins Gebiet der Beweiswürdigung.

§ 25.

Die Grenzen zwischen Beweislast und Beweiswürdigung sind flüssige; das zeigt das Ineinandergreifen von Beweiswürdigungs- und Beweislastregeln.[59])

Es muß aber doch versucht werden, um das Verhältnis von tatsächlicher Vermutung und Beweiswürdigung klarstellen zu können, annähernd die Grenze festzustellen.

1. Der Zivilprozeß steht unter der sogenannten Verhandlungsmaxime.[60]) Diese besteht in dem Grundsatz, daß es den Parteien überlassen bleibt, den Prozeßstoff selbst beizubringen und daß es dem Richter verwehrt ist, anderen als den von den Parteien beigebrachten Prozeßstoff zur Entscheidung zu benutzen.

---

[58]) Herrsch. M. vgl. Hedemann S. 317 Anm. 5 Zitierte; auch so Betzinger S. 137.

[59]) Oben § 12, 4; § 14.

[60]) Hellwig, System 1 405 ff.; dort auch über die Grenzen der VM. insbes. 414. Die Verhandlungsmaxime herrscht nicht ausschließlich, manche Teile des Verfahrens unterliegen der Untersuchungsmaxime; vgl. R. Schmidt § 70 II.

Prozeßstoff darf nun hier nicht in weitem Sinn alles das genannt werden, was irgendwie im Prozeß an tatsächlichem bedeutsam wird,[61]) sondern nur der Tatsachenstoff, der nötig wird, um die „Tatbestandsmerkmale" in den Prozeß einzuführen.

2. Aus dem Grundsatze, daß die Parteien die Verantwortung für Beischaffung des Prozeßstoffes haben, folgt zunächst, daß die Parteien die Behauptungslast[62]) haben für die Tatbestandsmerkmale des günstigen Rechtssatzes. Gewöhnlich wird diese Notwendigkeit nicht so sehr als Last empfunden, zumal der Richter durch den § 139 ZPO. genötigt ist, durch pflichtmäßige Ausübung des Fragerechts etwa aus Versehen unterlassene tatsächliche Behauptungen herbeizuführen. Am deutlichsten tritt noch die Behauptungslast hervor im Falle der Versäumnis einer Partei. Erscheint z. B. der Bekl. nicht, so wird für den Kl. die Behauptungslast fühlbar, wenn er eine tatsächliche Voraussetzung seines Anspruchs nicht aufgestellt hat, weil er sie gemäß § 335[3] ZPO. nun nicht ohne weiteres nachholen kann. Dem Bekl. wird die Behauptungslast insofern fühlbar, als auch dann, wenn sehr große Wahrscheinlichkeit für Unbegründetsein des kl. Vorbringens spricht, diese Wahrscheinlichkeit ihm nichts nützt, weil er nicht behaupten kann, die Klage sei aus dem und dem Grunde hinfällig. So spricht beim sogenannten Barkauf (Automatenkauf, Theaterbillet, Eisenbahnfahrkarte) eine sehr große Wahrscheinlichkeit für Zahlung. Für Zahlung als anspruchszerstörender Tatsache hat der Bekl. die Behauptungs- und Beweislast. Da er nicht behauptet (infolge Abwesenheit), er habe bezahlt, wird auch die große Wahrscheinlichkeit für Zahlung nicht in Betracht gezogen.

Dieses Beispiel zeigt nebenbei, wie weit die Behauptungslast bei der tatsächlichen Vermutung gehen muß. Es muß nicht nur das Indiz, die Ausgangstatsache behauptet und bewiesen werden — das genügt bei der Rechtsvermutung[63]) — sondern es muß auch der vermutete Umstand behauptet werden. Damit haben

---

[61]) R. Schmidt S. 418 (nicht hierher gehören namentlich Erfahrungsregeln).

[62]) Leonhard S. 192, der das moralische Opfer für eine wahrheitsliebende Partei bei Aufstellung einer Behauptung betont.

[63]) Sobald die Voraussetzungen der Rechtsvermutungen gegeben sind, die Ausgangstatsachen feststehen, muß der Rechtssatz, der in der Rechtsvermutung enthalten ist, angewandt werden. Jura novit curia; a. Ans. Hedemann § 44, insb. S. 285.

wir auch die Schranke für die oben[64]) dargetane Freiheit des Richters in bezug auf Einführung von tatsächlichen Vermutungen. Es muß zum mindesten der vermutete Umstand behauptet sein.

3. Grundsätzlich fallen Behauptungs- und Beweislast zusammen.[65]) Gewisse Sätze des Prozeßrechts bewirken jedoch daß das Behauptete nicht bewiesen werden braucht. Zum Beispiel brauchen offenkundige Tatsachen nicht bewiesen zu werden; ebenso bedarf das, was der Gegner zugesteht, keines Beweises.[66])

Bestrittene Tatsachen, von deren Beweis nicht irgendeine Regel obiger Art entbindet, müssen bewiesen werden. Doch ist bei dem jetzt geltenden Grundsatz freier Beweiswürdigung die Beweislast nicht mehr von Bedeutung. Daß die Beweislast der „halbe Prozeßverlust" sei, ist zu viel gesagt. Die meisten Prozesse finden eine Entscheidung, ohne daß die Frage, wem die Beweislast obliege, vorher einer Beantwortung unterzogen worden wäre. Der Grund dieser Erscheinung ist darin zu suchen, daß beide Parteien, ohne Rücksicht auf die Beweislast, eine Menge Prozeßstoff zur Ueberzeugung des Richters zu bringen suchen und auch tatsächlich bringen, so daß der Tatbestand geklärt ist. Einer Beweislastentscheidung bedarf es bei Erlaß eines Beweisbeschlusses und bei Beweislosigkeit eines Tatbestandsmerkmals. Ersteres unterläßt die Praxis häufig, bei kostspieligen Beweisaufnahmen sehr zu Unrecht, denn unnötige Beweisaufnahmen sollen vermieden werden. Immerhin steht es im Ermessen des Richters, einen Einredebeweis vor dem Hauptbeweis anzuordnen. Deshalb ist es, wenn ein Beweis große Aussicht auf Erfolg hat, mitunter unmöglich, die Beweislast vorher zu verteilen.

Daß die Beweislastfrage gelöst werden muß, wenn eine Tatsache beweislos geblieben ist, das bringt uns auf den Kern der Sache. Es besteht der nachfolgende Satz des Prozeßrechts: Bleibt ein Tatbestandsmerkmal beweislos, so wird der darauf gegründete Anspruch zurückgewiesen. Dieser Satz ist einerseits ein Verbot der Erklärung des non

[64]) § 11, 4.

[65]) Düringer-Hachenburg, HGB. 2 282 (dort Zitierte).

[66]) Rechtsvermutungen gehören nicht hierher, da bei ihnen nur die Ausgangstatsachen behauptet werden brauchen, diese aber auch bewiesen werden müssen.

liquet, und andererseits das Gebot bei vorhandenem non liquet den Angreifer zurückzuweisen.[67])

Dieser Satz des Beweisrechts schafft die Zwangslage für den Angreifer, zu beweisen. Was er beweisen muß, ist dann die zweite, ebenso wichtige Frage wie die, was geschieht, wenn nicht bewiesen wird. Die Beantwortung dieser zweiten Frage, die sogenannte Beweislastverteilung, interessiert hier nicht weiter.

Es sei bemerkt, daß der oben aufgestellte Satz zweifellos eine prozessuale Vorschrift ist, öffentliches Recht, und keine materiellrechtliche Regel. Daß im übrigen die Beweislastverteilung im Anschlusse an die materiellrechtlichen Tatbestände normiert wird, falls sie überhaupt ausdrücklich normiert wird, liegt in der Natur der Sache. Daraus kann kein Argument gegen die prozessuale Natur der Beweislastregeln entnommen werden.[68])

Ferner ergibt sich, daß die Beweislastsätze wirkliche Rechtssätze sind, seien es nun Sätze des geschriebenen Rechts oder des Gewohnheitsrechts.[69]) Die Beweislastregeln sind revisible Normen.

4. Mit der Feststellung, daß die Beweislastregeln normieren, was die Folgen eines non liquet sind, ist auch die Grenze gegenüber der Beweiswürdigung[70]) gegeben. Die Beweiswürdigungsregeln dienen dem Richter dazu, eine Ueberzeugung zu erlangen, ein non liquet zu vermeiden.

[67]) So Leonhard S. 144: „Die Beweislast ist die Lehre von den Folgen der Beweislosigkeit". Darin treffen sich die meisten Theorien der Beweislast (Zusammenstellung b. Leonhard S. 144 Anm. 1). Ebenso RG. bei SeuffArch. 44 Nr. 144: „Die Beweislast gibt den Ausschlag, welcher Partei die Nichterwiesenheit einer erheblichen Tatsache zum Nachteil gereiche".

[68]) Die herrschende Meinung für prozessuale Natur. Zusammenstellung bei Skonietzki-Gelpke, Anm. 4 zu § 282 ZPO.

[69]) Vgl. Cüppers, Diss. (Freiburg, 1902), Beitr. zur Lehre von der Beweislast S. 60.

[70]) Pagenstecher, Mat. Rechtskraft S. 177; Düringer-Hachenburg, KommHGB. 2 279; RG. 44 (1900) 151: „Hierbei (bei Beweislast) gilt . . . der feststehende Grundsatz, daß der Ansprucherhebende die rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen hat . . . Und wenn dann, . . ., keine Augenzeugen den Unfall wahrgenommen haben, so muß durch Bezugnahme auf die sonst ermittelten Umstände die Partei den Richter von der Wahrheit ihrer Klagebehauptung zu überzeugen suchen. Reichen diese aber nicht aus . . ., so schlägt das non liquet gegen die Klagepartei aus . . ." Insbesondere Bähr, Die Grenzen der freien Beweistheorie; IheringsJ. 25 398 ff.; auch in Bähr, Gesammelte Aufs. (1895) S. 226 ff.

Im Eingang[1]) wurde schon gezeigt, daß hohe Wahrscheinlichkeit verlangt wird als Beweisergebnis. Würde nun die Vorschrift nicht bestehen, daß eine Entscheidung getroffen werden muß, würde dem Richter freistehen eine Entscheidung abzulehnen, so würden die gewissenhaftesten Richter gerade häufig erklären: non liquet. Dem Richter zu helfen, dieses Erkenntnis zu vermeiden, dazu dienen die Beweiswürdigungsregeln.

Die tatsächlichen Vermutungen dienen dazu, in zweifelhaften Fällen die Entscheidung nach der einen oder anderen Seite zu drängen, sie sind solche Regeln zur Vermeidung einer non liquet-Erklärung. Sie sind mithin echte Beweiswürdigungsregeln.

Wenn im vorstehenden von Beweiswürdigungsregeln die Rede ist, so sind darunter immer solche Regeln verstanden worden, die unter dem Hauptgrundsatz der Beweiswürdigung stehen, nämlich dem, daß der Richter frei ist in seiner Würdigung. Alle diese Regeln sind also Erfahrungsregeln und keine Rechtsregeln.

5. Innerhalb der Unzahl von einzelnen für die Beweiswürdigung bedeutsamen Erfahrungsregeln lassen sich einzelne Gruppen immerhin unterscheiden.

Hier wird eine von Rich. Schmidt[2]) gemachte Scheidung praktisch.

Ein Teil der Beweiswürdigungsregeln geben an, welcher Wert den einzelnen Beweismitteln beizumessen ist,[3]) ob ein Zeuge glaubwürdig, eine Urkunde echt ist usf. In dieser Richtung bewegen sich auch vornehmlich die gesetzlichen Beweisregeln.

Ein anderer Teil aber gibt den Maßstab an die Hand zur Abschätzung des Wertes einer mittelbaren Beweisführung. Das sind eben die tatsächlichen Vermutungen.

Während nun die erste Gruppe leicht als dem Gebiete der Beweiswürdigung angehörig erkannt werden kann, gehen die Regeln der zweiten Gruppe, wozu die tatsächlichen Vermutungen gehören, allmählich über in Beweislastregeln.

Das im kasuistischen Teil (§ 12, 4) dargestellte Beispiel zeigt dies deutlich. Wenn eine Vermutung tatsächlicher Art für

[1]) § 2 oben.

[2]) Lehrb. § 77, 1; ebenso Stein, Priv. W. S. 92.

[3]) Teilweise sind diese Beweismittelbewertungsregeln eine Wissenschaft für sich geworden (vgl. Ad. Stöhr, Psychologie der Aussage (1911).

Irrtum bei Zahlung einer Nichtschuld aufgestellt wird, so bewirkt diese Vermutung, wenn der Richter sie überhaupt anerkennt und auch im konkreten Fall für zutreffend hält, daß beim Mangel sonstiger Beweismittel der Richter die Ueberzeugung erlangt, die Nichtsschuld ist irrtümlich bezahlt worden. Ein non liquet, das ohne diese Erfahrungsregel bestehen würde, wird vermieden.

M. E. ist nun diese Regel über Annahme des Irrtums eine Beweislastregel. Die Entscheidung wird dann im großen ganzen gleich ausfallen, mit einigen immerhin bemerkenswerten Unterschieden. Wenn der Richter die genannte Vermutung nicht als solche anspricht, sondern als Beweislastregel, so erklärt er, für mich besteht ein non liquet in dieser Sache, also kommen die Beweislastregeln in Betracht. Gemäß der Regel, daß für das Nichtvorhandensein von Irrtum auf seiten des Kondizenten dessen Gegner beweispflichtig ist, lege ich diesem den Beweis auf. Dieser Beweis ist nun ein Hauptbeweis, denn es muß wirklich nachgewiesen werden, daß der Irrtum ausgeschlossen war. Nach der ersten Annahme (der Regel als tatsächliche Vermutung) hätte der Gegner des Kondizenten eventuell nur einen Beweis und dann lediglich einen Gegenbeweis führen brauchen. Beweislastregeln sind revisible Rechtsnormen, Beweiswürdigungsregeln nicht. Beweislastregeln sind Rechtsnormen, daher muß der Richter vor ihrer Anwendung sie als solche feststellen; dies ist mitunter sehr schwierig, da es manche gewohnheitsrechtliche Beweislastgrundsätze gibt.

Aus diesem Beispiel geht zur Genüge hervor, wie flüssig die Grenze zwischen Beweiswürdigung und Beweislast ist, wie ein und dieselbe Regel sowohl dem einen wie dem andern Gebiet zugewiesen werden kann. Zugleich erhellen die Unterschiede, die aus der verschiedenen Betrachtungsweise entstehen.

6. Wenn nun auch festzuhalten ist, daß die tatsächlichen Vermutungen ins Gebiet der Beweiswürdigung gehören, so ist doch damit, wie das Vorstehende ergibt, keine feste Abgrenzung der tatsächlichen Vermutung gegenüber den Beweislastregeln gegeben. Wiederum zeigt sich die vage Natur des Begriffes der tatsächlichen Vermutung.

§ 26.

Der kasuistische Teil der Arbeit ließ einen allgemeinen Grundsatz der Beweiswürdigung erkennen, nämlich den Grundsatz von der Beweiskraft des äußeren Anscheins.

1. Derselbe Grundsatz erscheint auch als Beweislastregel, ein Beispiel mehr dafür wie Beweiswürdigung und Beweislast ineinander übergehen.

Wenn zum Beispiel ein äußerlich mangelfreier Wechsel vorliegt, so hat derjenige, der behauptet, der Wechsel sei gefälscht, die Beweislast dafür. Dieser Satz ist allgemein anerkannt.[74]) Diesen Satz wird man überhaupt auf Urkunden ausdehnen können, da er mit dem Wesen einer Urkunde zusammenhängt, und im Interesse der Verkehrssicherheit notwendig ist. Auch ist wohl nicht zweifelhaft, daß es eine Regel der Beweislast ist, da eine Erschütterung der Glaubwürdigkeit der äußerlich mangelfreien Urkunde nicht genügt, sondern die Fälschung wirklich nachgewiesen werden muß.

Nicht nur jedoch erweist sich der Satz von der Beweiskraft des äußeren Anscheins als Beweiswürdigungs- und als Beweislastregel, sondern als ein ganz allgemeines Rechtsprinzip.[75])

Das BGB. bringt den Grundsatz zur Anwendung durch den Satz von der Legitimationskraft des Besitzes. Im Kampfe zwischen Willens- und Erklärungstheorie hat die letztere, die mit dem genannten Prinzip zusammenhängt, im allgemeinen den Sieg davongetragen.[76]) Derselbe Gedanke kommt zum Ausdruck in dem Satze: qui tacet, consentire videtur, welcher Satz ausdrückliche Anerkennung gefunden hat, z. B. in den §§ 568 (relocatio tacita), 663 (Anzeigepflicht dessen, der sich zur Geschäftsbesorgung erboten hat), 612 (stillschweigend vereinbarte Vergütung) BGB.

Das Prinzip kann vielleicht so formuliert werden. Zur Hervorbringung einer Rechtswirkung genügt im allgemeinen das äußerlich einwandfreie Vorhandensein des die Rechtswirkung bedingenden Tatbestandes.

---

[74]) Staub-Stranz, KommWO. (1912) Anm. 19 zu Art. 76; RG. 47 68; BadRspr. 06 309 (überall weitere Nachweisungen).

[75]) Vgl. Wilutzky, Recht 07 925, Das Gesetz des äußeren Anscheins; Du Chesne, Verm. im Grundbuchwesen; DNötV. 08 673 ff.; Landauer, ZBlFG. 12 (1912), insbes. S. 333 ff. (der von unkodifizierten Rechtsnormen spricht).

[76]) RG. 68 126 ff. Der innere, nicht zum Ausdruck gelangte Wille ist nicht zu berücksichtigen, sondern nur die äußerlich in Erscheinung tretende Erklärung.

2. Welche Bedeutung dieses Prinzip hat, das klarzustellen, würde Aufgabe einer besonderen Untersuchung sein. Hier seien nur einige Bemerkungen gemacht, im Anschlusse daran, daß sich verschiedene tatsächliche Vermutungen auf diesen Satz zurückführen ließen.

Hinsichtlich der prozessualen Bedeutung des Prinzips, die hauptsächlich[77]) im Gebiete des Beweises zutage tritt, ist es möglich, daß es sowohl auf die Beweiswürdigung wie auf die Beweislast Einfluß übt. Jedoch müssen Beweislastregeln Rechtsregeln sein. Es muß daher im Einzelfalle sich nachweisen lassen, daß das allgemeine Prinzip in einem Rechtssatz Anwendung gefunden hat. Grundsätzlich ist zu sagen, der Satz von der Beweiskraft des äußeren Anscheins gilt nicht für die Beweislast, sondern für die Beweiswürdigung. Das bedeutet hauptsächlich, daß der Satz der freien Prüfung des Richters für den Einzelfall unterliegt. Andererseits ist der Grundsatz aber soweit rechtlich anerkannt, daß der Richter sich desselben bei der Beweiswürdigung bewußt sein muß und prüfen muß, ob er im konkreten Fall Anwendung zu finden hat. Geschieht dies nicht, so hat der Richter das Prinzip der Beweiswürdigung nicht richtig angewandt; eine Verfahrensnorm ist verletzt.

3. Einige Einzelfälle lassen das Gesagte klarer erscheinen.

Es ist ein bekannter Satz bona fides praesumitur. Als tatsächliche Vermutung ist m. E. der Satz abzulehnen, weil er sich nicht auf eine Erfahrungsregel stützen kann. Der Skeptiker des Geschäftsverkehrs wird jedenfalls eine ebenso große Wahrscheinlichkeit für Unredlichkeit wie für Redlichkeit anerkennen, d. h. er wird sich ohne weiteres weder für das eine noch das andere entscheiden.

Jedoch erscheint es unabweisbar, im Prozesse davon abzusehen, von jedem, der auftritt, zunächst einen Beweis seiner Redlichkeit zu verlangen. Da greift m. E. die Regel durch, daß derjenige, der dem ersten Anblick nach als guten Glaubens erscheint, auch vorläufig als solcher behandelt wird, wenn nicht aus Zweck, Inhalt und Motiven seines Verhaltens seine Unredlichkeit stark hervorleuchtet. Diese auf den Satz der Beweis-

---

[77]) Auch der Urkundenprozeß beruht auf dem Gedanken des prima facie-Beweises.

kraft des äußeren Anscheins gestützte Annahme kann jederzeit durch den Gegenbeweis des Gegners hinfällig gemacht werden.[78])

In der Praxis tritt der Satz häufig als Vermutung formuliert auf.[79]) „Ebensowenig bedarf die bona fides eines besonderen Nachweises, indem sie auf allen Fall vermutet wird.“[80]) Derselbe oberste Gerichtshof für Bayern entschied 1873: „Die in der Doktrin wie . . . Praxis vorherrschende . . . . Ansicht ist jedoch die, daß, sofern nicht schon die Erwerbshandlung selbst den Charakter der Unredlichkeit an sich trägt, der gute Glaube des Erwerbers bis zum Beweise des Gegenteils vorausgesetzt werde.“[81]) Bei RG. 41 410 heißt es bezüglich der Bezeichnung der Partei: „Auch im Prozeßverkehr wird Betrug oder absichtliche Täuschung nicht vermutet. Jeder gilt zunächst als der, als den er sich vorstellt.“ Das RG. billigt später den folgenden Satz:[82]) „Wenn auch im allgemeinen der gute Glaube vermutet werde, so müsse doch beim Verkaufe von Sachen, die einem Mieter gehören und auf dem Mietgrundstück übergeben werden, der Käufer mit einem Vermietpfandrecht rechnen“. Dies ist ein Fall, in dem unser Grundsatz keine Anwendung findet, weil eben der äußere Anschein keinen mangelfreien Tatbestand ergibt.

Die ausdrückliche Beweislastregelung des § 932 BGB. erscheint als Ausfluß des Satzes bona fides praesumitur.[83])

4. Aehnlich ist die Beweislage bei den Einwänden des Scherzes, Scheines, Irrtums.[84])

Schon bei SeuffArch. 4 182 heißt es: „Im allgemeinen ist der Rechtssatz, daß Scheingeschäfte nicht vermutet werden, richtig“. RG. 53 143 sagt: „Die Gültigkeit eines durch Willens-

---

[78]) Leonhard ebenso S. 331.

[79]) l. 18 § 1 Dig. 22, 3: qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. Diese Stelle erscheint als Beweislastregel (vgl. l. 6 h. t.). Glück, Komm., Teil 21, 2. Abt. S. 335, bemerkt dazu: „Der Grund hiervon ist, weil nicht vermutet wird, daß jemand betrüglich gehandelt habe“ (vgl. oben § 15, 2 Nr. 28).

[80]) SeuffArch. 1 408 Nr. 4.

[81]) SeuffArch. 31 187 (mit Nachweisungen). Jedoch wird in dieser Entscheidung die Regel als Beweislastregel aufgefaßt.

[82]) JW. 07 672 5.

[83]) Staudinger-Kober, Komm., 7./8. Aufl., zu § 932 Anm. 3.

[84]) Treffend sagt Staudinger, KommBGB., 7./8. Aufl., Vorbem. VII vor § 116: „Wer sich auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung beruft, hat zunächst nur darzutun, daß prima facie die äußeren Merkmale eines Verhaltens vorliegen, welches zum Schlusse auf den Willen nötigt.

einigung zustande gekommenen Vertrags ist im Interesse der Rechtssicherheit ohne weiteres zu vermuten". OLG. Karlsruhe entscheidet (BadRpr. 10 62): „Daß ein Mißverständnis unterlaufen ist, hat Kl. zu beweisen, da äußerlich ein richtiger Kaufvertrag vorliegt".

5. In bezug auf die im Streit stehende Geschäftsfähigkeit trifft nach der herrschenden Lehre den die Geschäftsunfähigkeit Behauptenden die Beweislast.[85]) Es handelt sich also nach der herrschenden Meinung um eine Beweislastregel. M. E. hat Leonhard Recht, wenn er die Zugehörigkeit dieser Regel zum Gebiete der Beweislast bestreitet. Es läßt sich bei Anwendung des Satzes von der Beweiskraft des äußeren Anscheins und Unterstellung des Satzes unter das Prinzip der freien Beweiswürdigung zu praktischen Entscheidungen gelangen, und zwar denselben, zu denen die herrschende Lehre auf Umwegen kommt. Wer im Prozesse dem äußeren Anschein nach als geschäftsfähig erscheint, der wird vorläufig so behandelt. Der Gegner mag den Gegenbeweis führen. Annahme einer Beweislastregel ist hier überflüssig. Superflua nocent in diesem Falle.

Aehnlich ist es mit dem Falle des § 105 BGB. In JW. 05 73[5] sagt RG.: „Da für das Nichtvorhandensein solchen Zustandes (vorübergehende Störung der Geisteskräfte § 105 BGB.) die Vermutung streitet, liegt dem Gegner die Beweislast ob".

6. Die tatsächliche Vermutung erscheint in allen diesen Fällen als Form, in der ein allgemeiner Satz seinen Ausdruck findet. Diese Form aber ist unwesentlich.

§ 27.

Hedemann[86]) weist auf eine Verschiedenheit hinsichtlich des vermuteten Umstandes bei Rechtsvermutungen hin, die auch bei der tatsächlichen Vermutung vorkommt, und macht diese Verschiedenheit zur Grundlage einer neuen Einteilung.

Der vermutete Umstand ist nämlich bald eine reine Tatsache, bald aber ein Rechtsverhältnis. So scheidet denn Hedemann die von ihm Gesetzesvermutungen genannten Rechtsvermutungen in zwei Unterabteilungen, Tatsachen- und Rechtsvermutungen, je, nach dem vermuteten Umstand. Solche Vermutungen, die auf Rechtsverhältnisse (Eigentum, Erbrecht)

---

[85]) Leonhard S. 305 mit Nachweisungen.
[86]) A. a. O. § 43.

gerichtet sind, sind Rechtsvermutungen, solche dagegen, die auf reine Tatsachen gerichtet sind (z. B. Tod), heißen Tatsachenvermutungen.[87])

1. Es gibt nun eine Reihe von tatsächlichen Vermutungen, die unmittelbar auf Rechtsverhältnisse abgestellt sind; allerdings ist es fraglich bei manchen derselben, ob sie die für die tatsächliche Vermutung geforderte Allgemeingültigkeit haben. Sie gehören auch alle dem älteren Recht an.

Bei alten Städten spricht die Vermutung dafür, daß sie das Eigentum an den zu ihrem Gemeinwesen gehörenden Befestigungswerken besitzen.[88])

Daß der Fiskus als Inhaber des Forstwaldes Eigentümer der durchschneidenden Wege ist, dafür spricht eine aus den tatsächlichen Verhältnissen entnommene Vermutung.[89])

Für das privatrechtliche Eigentum der Gemeinden an öffentlichen Gemeindewegen spricht eine Vermutung.[90])

Die Dinglichkeit der Verpflichtung, einen Mühlenaichpfahl nicht zu verrücken, ist zu vermuten.[91])

Beliebt war es früher, von einer praesumtio pro libertate hinsichtlich des Eigentums zu reden[92]) (Servitutenfreiheit).

Daß eine Korporation staatlich genehmigt sei, das sei bei langem Bestehen einer genehmigungsbedürftigen Korporation zu vermuten.[93])

Bei Hingabe des Eingebrachten an den Mann ist Dotalqualität desselben zu vermuten.[94])

---

[87]) A. a. O. S. 273 erkennt Hedemann nur drei Vermutungen (§§ 16, 938, 2255) als reine Tatsachenvermutungen an. Im übrigen sieht er eine Anzahl Gesetzesvermutungen als gemischte, teils Rechts-, teils Tatsachenvermutungen an.

[88]) BadAnn. **74** 327 für Waldshut.

[89]) BolzePr. **9** 749.

[90]) BadRpr. **04** 85 (Entsch. d. RG.). Dieser Satz war in der früheren badisch-französischen Praxis anerkannt (PucheltsZ. **25** 477; BadRpr. **03** 101) und ist jetzt Gesetzesrecht (Art. 12 BadAusfG. z. BGB.).

[91]) SeuffArch. **10** 126; ähnlich Vermutung für dingliche Baulast des Zehntherren, BadAnn. **49, 50** S. 353; SeuffBl. **10** 746 (Vermutung, daß Kirchentrachten öffentlich-rechtliche Lasten sind).

[92]) BadAnn. **34** 77; SeuffArch. **15** 102; vgl. jedoch Bekk, BadAnn. **34** 38 ff., der die Vermutung als Gesetzesvermutung ablehnt und als tatsächlich nicht anerkennt.

[93]) SeuffArch. **14** 199.

[94]) SeuffArch. **27** 141; a. A. **29** 246.

Für Allodialqualität streitet eine Vermutung, da Fideikommißqualität Ausnahme sei.[95])

2. Hedemann behauptet, wie oben angeführt, einen Unterschied zwischen solchen Vermutungen, die auf reine Tatsachen gehen und solche, die auf Rechtsverhältnisse gerichtet sind. Ein solcher Unterschied ist aber jedenfalls für die tatsächlichen Vermutungen nicht anzuerkennen.

Bei der Hedemannschen Rechtsvermutung ist das Recht, das angeblich vermutet wird, nicht die Hauptsache; wenn da das „Eigentum", ein „dingliches Recht", oder das „Erbrecht" vermutet wird, so bedeutet das nichts anderes, als es wird der gesamte Tatbestand vermutet, der die jeweils genannte Rechtswirkung im einzelnen Falle hervorbringen kann.

Die Art, wie der Beweis gegen die sogenannten Rechtsvermutungen geführt wird, zeigt die wahre Natur dieser Vermutungen.[96]) Schon der Umstand allein, daß überhaupt ein Gegenbeweis gegen die Rechtsvermutung gegeben ist, beweist, daß die Vermutung sich nicht auf ein Recht unmittelbar richten kann. Gegen ein festgestelltes Recht gibt es keinen Gegenbeweis, sondern nur noch den Vorwurf, daß Tatsachen unrichtig unter Rechtssätze subsumiert worden wären, mit anderen Worten den Vorwurf unrichtiger Rechtsanwendung. Bekanntlich hört aber im Gebiete der Rechtsanwendung die Parteitätigkeit auf. Der Beweis gegen die Richtigkeit einer bestimmten Tatsachensubsumierung ist ein rein logischer, dialektischer; der Beweis gegen eine Rechtsvermutung ist ein historischer.[97]) Dieser wird durch Einführung neuer Tatsachen erbracht, die den Tatbestand des vermuteten Rechts ausschließen. Das Thema des Gegenbeweises lautet auf solche Tatsachen, die mit den Tatsachen nicht vereinbar sind, die den Tatbestand des vermuteten Rechts bilden. Die sogenannte Rechtsvermutung geht aber sonach nicht auf ein Recht, sondern auf den gesamten, dem Rechte zugrunde liegenden Tatbestand. Der Rechtsbegriff, der in den Rechtsvermutungen vorkommt, ist nichts als eine kurze Bezeichnung für den zugrunde liegenden Tatsachenkomplex.[98])

Hinsichtlich der Behauptungslast ergibt sich für die tatsächlichen Vermutungen noch eine besondere Unzuträglichkeit,

---

[95]) SeuffArch. 29 254.

[96]) Schmidt a. a. O. S. 470 Anm. 3.

[97]) Heusler, ArchZivPrax. 62 217 ff.; Stein a. a. O. S. 5.

[98]) Motive z. BGB. 3 155; Protokolle 3 49; Fitting, ZZP. 13 15.

wenn man die Hedemannsche Scheidung anerkennen wollte. Grundsatz ist, daß die Parteien nur Tatsachen in den Prozeß einzuführen haben. Im Falle einer tatsächlichen Vermutung erstreckt sich nun die Behauptungslast auch auf den vermuteten Umstand.[99]) Wenn nun als vermuteter Umstand ein Rechtsbegriff erscheint, Eigentum, Dinglichkeit, Dotalqualität, so müßte die Partei, die sich auf die Vermutung stützt, eigentlich die dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Tatsachen behaupten. Wenn trotzdem es unbedenklich zugelassen werden kann, daß Rechtsbegriffe von der Partei als Behauptungen aufgestellt werden, so dies nur dann, wenn es sich um einfachere Rechtsbegriffe handelt und weil man eben stillschweigend unter diesen rechtlichen Bezeichnungen den ganzen vorausgesetzten Tatsachenkomplex versteht. Die rechtlichen Bezeichnungen werden in einem gewissermaßen laienhaften Sinn gebraucht. Sobald der Gegner gegen eine Behauptung dieser Art ankämpft, muß sie in die Tatsachen aufgelöst werden, die ihr zugrunde liegen. Gegenüber bestimmten, vom Gegner behaupteten, Tatsachen nämlich muß auch der von der Vermutung Begünstigte mit bestimmten Tatsachenbehauptungen auftreten. Er kann sich nicht mehr damit begnügen, ganz allgemein zu behaupten, er sei Eigentümer.

Hedemann, der auch für gesetzliche Vermutungen der Ansicht ist, daß der vermutete Umstand behauptet werden muß, verkennt nicht, was im vorstehenden dargelegt ist, sondern erklärt vielmehr ebenso die vermuteten „Rechtsverhältnisse" seiner „Rechtsvermutungen" für Surrogate tatsächlichen Behauptens.[100]) Er unterläßt aber, daraus die Konsequenz zu ziehen, nämlich daß seine sogenannten Rechtsvermutungen eben auch Tatsachenvermutungen sind, die auf einen gesamten Tatbestand als vermuteten Umstand gehen.[101]) Auf die gleiche Erscheinung in anderer Form sei noch hingewiesen.

Es ist nach feststehender Praxis[102]) erlaubt, Geständnisse und Eide unmittelbar auf Rechtsverhältnisse abzustellen, wofern nur dieselben einfacher Natur sind und als allgemein bekannt angenommen werden können.

---

[99]) Oben § 25, 2.

[100]) A. a. O. S. 287.

[101]) Leonhard a. a. O. S. 266; Rich. Schmidt a. a. O. S. 470; Stein a. a. O. S. 8, 60.

[102]) Leonhard S. 266 und dort angezogene Entscheid.; R. Schmidt S. 341 Anm. 3.

Hedemann selbst gibt zu, daß ein praktischer Unterschied zwischen seiner Tatsachen- und der Rechtsvermutung nicht vorhanden ist.[103]) Theoretisch ist es zwar möglich, einen angeblichen Unterschied festzustellen, praktische Bedeutung hat er aber nicht.

Bei der Untersuchung nämlich, welchen Einfluß die Vermutung auf die richterliche Tätigkeit ausübt, stellt Hedemann fest, daß die Tatsachenvermutung im Gebiete der Beweiswürdigung eine Befreiung des Richters von der Beweiswürdigung zugleich mit einer Beschränkung in dieser Hinsicht bewirkt, während die Rechtsvermutung die gleiche doppelte Wirkung auf die Rechtsanwendung des Richters ausübt. Die Rechtsvermutung soll deshalb nicht im Gebiete der Beweiswürdigung wirken können, weil gemäß § 286 ZPO. die Entscheidung der Beweiswürdigung die sei, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei,“[104]) ein Rechtsbegriff aber niemals eine tatsächliche Behauptung zu sein vermöge. Andererseits habe die Tatsachenvermutung jedenfalls keinen unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsanwendung, da der vermutete Umstand eben eine Tatsache sei, die ihrerseits erst wieder unter Rechtssätze subsumiert werden müsse.

3. Dieser Unterschied, wenn er überhaupt besteht, hängt mit der rechtlichen Geltung der Rechtsvermutungen zusammen, hat also bei den tatsächlichen Vermutungen keine Bedeutung.

Es ist überhaupt die Hedemannsche Unterscheidung für die tatsächliche Vermutung bedeutungslos.

§ 28.

1. Außer für die Beweiswürdigung, dienen die Erfahrungsregeln auch noch dazu, die Auslegung dunkler oder unvollständiger Willenserklärungen zu erleichtern.

Die Auslegung einer Willenserklärung beginnt erst, wenn der Tatbestand dieser Erklärung feststeht, wenn also der Beweis dieser Tatsachen zu Ende ist. Die Auslegung ist eine richterliche Tätigkeit, Beweis eine Tätigkeit der Partei, soweit wenigstens die Verhandlungsmaxime reicht. Eine Beweisführung historischer Art hat innerhalb der Auslegung keinen Platz, sondern nur ein logischer Beweis.[105])

---

[103]) A. a. O. § 46, insbes. S. 306.

[104]) S. 301 a. a. O.

[105]) Danz, Auslegg. d. Rechtsgesch. (1911) § 4, S. 113/4.

Oben ist dargelegt worden, daß die tatsächlichen Vermutungen ins Gebiet der Beweiswürdigung gehören und daß ihnen gegenüber immer Gegenbeweis zulässig ist. Gegenüber einer Auslegung ist ein Gegenbeweis historischer Art, und nur um einen solchen handelt es sich, wenn man von Gegenbeweis spricht, unzulässig. Daher können auch tatsächliche Vermutungen nicht der Auslegung dienen.[106])

2. Dennoch zeigen die nachstehenden Beispiele, daß man auch Auslegungsregeln, die sich auf Erfahrung gründen, mit der Bezeichnung Vermutung bedenkt.

Ob die häufig vorkommende Vertragsklausel „Erfüllungsort X" dahin auszulegen sei, daß dieser vereinbarte Gerichtsstand als ausschließlicher vereinbart sei, darüber herrscht Streit.[107]) Stein spricht in der neuesten Auflage des Gaupp-Steinschen Komm. davon, daß eine tatsächliche Vermutung weder für noch gegen diese Auslegung spreche. Das Kammergericht sagt in einer Entscheidung (OLG. 2 106), daß bei Vereinbarung eines Gerichtsstandes eine gewisse Vermutung dafür spreche, daß dieser Gerichtsstand als ausschließlicher gedacht sei.

Eine bis vor kurzem bestehende Streitfrage über die Auslegung einer Vertragsklausel wurde ebenfalls durch eine „Vermutung" zu entscheiden versucht. Lebensversicherungsverträge enthalten häufig die Bedingung, daß der Vertrag „zugunsten der Erben" abgeschlossen sein solle. Zwei Deutungen sind nun möglich. Es kann gemeint sein, daß die Versicherungssumme in den Nachlaß fallen soll, oder aber, daß der Vertrag zugunsten der Erben als dritten Personen abgeschlossen sein soll, wodurch diese ein selbständiges, von ihrer Erbeneigenschaft unabhängiges, Recht erhalten. Das RG. erklärte, für diese letztere Auslegung spreche eine „tatsächliche Vermutung" (RG. 62 263). Allerdings wurde diese Ansicht dann in JW. 10 72[28] wieder abgelehnt.[108]) Die Auslegungsregel des § 167 des RG. über den Versicherungsvertrag hat dem Streit ein Ende bereitet.

Wann bei Börsenspekulationskäufen ein Spielvertrag anzunehmen ist, davon handelt die Entscheidung des RG. 52 250 ff. Dort steht (S. 252): „Während daher beim Zeitgeschäfte häufig schon die offenbare Absicht des Käufers, die angeblich ge-

---

[106]) Hellwig, System 1 468 Anm. 23 und dort Zitierte.
[107]) Gaupp-Stein 10. Aufl. Nr. 2 zu § 38 Anm. 21.
[108]) Vgl. OLG. 12 38 ff. teils zustimmend, teils ablehnend.

kaufte Ware nicht abzunehmen, die Vermutung eines Spielvertrags begründen kann, genügt dieses Anzeichen für die gleiche Vermutung beim Kassageschäft keineswegs."

Wenn (DJZ. 05 752) von „Züchtigungsrecht in vermuteter Vertretung des Vaters" die Rede ist, so kann dies auch nur als Hinweis für die Auslegung betrachtet werden.

Alle die vorstehenden Beispiele sind Fälle, in denen ein feststehender Tatbestand auszulegen war und in denen die Auslegung des erklärten Willens nach einer bestimmten Richtung sich auf Erfahrungsregeln stützen konnte.

Wie am Eingang ausgeführt, ist aber die Bezeichnung Vermutung für solche Erfahrungsregeln theoretisch unrichtig. Es zeigt sich eben auch hier wieder, daß die Vermutung nur eine Form ist, in der ein bestimmter Inhalt einen Ausdruck findet. Auf die Form aber kommt es nicht an, sondern nur auf den Inhalt und je nach dem ist eine große Verschiedenheit festzustellen zwischen Begriffen, die gleichmäßig als Vermutung bezeichnet werden.

§ 29.

Wenn das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen kurz zusammengefaßt werden soll, so ist es das, daß der Begriff der tatsächlichen Vermutung als solcher keine Bedeutung hat. Die tatsächlichen Vermutungen stellen sich dar als prägnant formulierte Erfahrungsregeln.

Wenn man aber, aus Zweckmäßigkeitsgründen vielleicht, eine Bezeichnung für die auf der Erfahrung beruhenden Beweiswürdigungsregeln über die Bewertung des Indizienbeweises beibehalten will, so würde treffender sein der Name „Erfahrungsvermutung".[109])

Diese Bezeichnung würde aber auch nur dann von Wert sein, wenn sie auf die eben bezeichnete Gattung von Erfahrungsregeln beschränkt bliebe.

---

[109]) So Fitting, ZZP. 13 68; Betzinger S. 135.